

FACULTÉ DE D

CAS D'

DROIT

THÈSE

DOCTORAT

Présentée et

1913, à 1 heure 1/2

Panaït BOBES

Président : M WAHL, professeur
Suffragants } MM. LARNAUDE, professeur
WEISS, professeur

PARIS (Ve)

V. GIARD & BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, rue Soufflot et 12, rue Toullier

—
1913



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES
CAS D'APPLICATION
DU
DROIT DE RÉTENTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 5 Mai 1913, à 1 heure 1/2

PAR

Panaït BOBES

Président : M WAHL, *professeur*
Suffragants { MM. LARNAUDE, *professeur*
WEISS, *professeur*



PARIS (V^e)

V. GIARD & BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1913



LES
CAS D'APPLICATION
DU
DROIT DE RÉTENTION

INTRODUCTION

Parmi les principes fondamentaux du droit, il en est un qui domine tous les autres et s'impose à l'attention : c'est celui qui déclare que : « Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. » Règle éminemment équitable et féconde en conséquences, que tout législateur doit avoir à cœur d'accepter ; car elle donne la mesure de la valeur de son œuvre, et l'on peut dire avec raison que, plus les cas d'applications du principe que nous avons posé seront nombreux, plus les institutions juridiques d'un peuple approcheront de la perfection.

Une des conséquences les plus intéressantes de ce principe, universellement admis, va faire l'objet de cette étude. Je veux parler du droit de rétention, c'est-à-dire — dans un sens large et sauf à préciser plus tard

—du droit appartenant à une personne légalement en possession d'une chose qui lui est réclamée par une autre personne, de se refuser à la restituer au demandeur, si celle-ci, obligée à son tour, n'a préalablement exécuté son obligation.

En abordant cette question, nous rentrons dans une mer des controverses et des doutes : une diversité infinie d'opinions ont été exposées sur les cas d'applications, les caractères et les effets du droit de rétention ; néanmoins, il faut reconnaître qu'on a pas pu encore se fixer d'une façon définitive sur la solution à admettre.

Son importance pratique nous a déterminé à entreprendre l'examen de cette question. Elle présente des aspects si différents et si variés, que les tribunaux ont été et seront encore appelés à se prononcer dans de nombreuses espèces s'il y a ou non lieu d'accorder le droit de rétention. Des grands intérêts se trouvent en jeu, une des deux parties doit être sacrifiée dans l'intérêt de l'autre.

En dehors de cette importance pratique, nous avons trouvé intéressant de tenter cette étude, car elle sera toujours un sujet d'actualité, tant que le Code civil restera muet sur la solution à appliquer pour concilier les intérêts des parties en présence. Elle sera toujours sujette à discussion en pratique, tant que la jurisprudence persistera dans une théorie qui

n'a aucun fondement juridique et tant que la doctrine restera divisée en plusieurs partis opposés dont les limites ne sont pas exactement fixées.

Et, en effet, si l'on interroge les auteurs sur ce droit, si on leur demande quels sont ses caractères, ses effets et ses conditions d'existence, on n'obtiendra pas une réponse ferme : on obtiendra, tout au contraire, des réponses nombreuses et diverses : les uns diront c'est un droit réel, pour d'autres au contraire il est personnel ; d'autres enfin, le considèrent comme un droit mixte *sui generis*. Ceux-ci affirmeront qu'il est opposable aux tiers, mais ceux-là soutiendront que le créancier ne peut l'invoquer que contre son débiteur. Tels exigent pour le reconnaître à un créancier que celui-ci puisse se prévaloir d'un texte formel ; d'autres estiment qu'il suffit qu'il y ait *debitum cum re junctum* ; quelques-uns, tout en déclarant cette condition indispensable, veulent de plus qu'un contrat ou au moins un quasi-contrat soit intervenu entre les parties.

Sans avoir la prétention de mettre fin à toutes discussions, par une solution qui devrait être acceptée par tout le monde, alors que d'éminents jurisconsultes, des grands esprits juridiques, n'ont pas pu en donner une capable de résister aux critiques, je me propose, quand même, de montrer que le droit de rétention doit être reconnu chaque fois que l'exigera

l'équité à la seule condition que celui qui l'invoque puisse faire valoir une créance à son profit et qu'il ait la possession licite de la chose. Et, il me semble que cette liberté nous est d'autant plus permise que, le législateur s'était abstenu de toute réglementation et avait laissé, par conséquence, la porte ouverte à toutes les opinions.

Pour édifier cette théorie, je ferai complètement abstraction du Code civil, puisqu'il ne réglemente pas entièrement le droit de rétention : je rechercherai uniquement quel est le but social que le droit de rétention doit remplir dans la théorie du crédit dont il est l'une des institutions constitutives. Ce but social, je le construirai par observation et par raisonnement, puis, après l'avoir nettement dégagé, je le soumettrai à l'épreuve de la vérification.

Quand ma théorie sera construite, alors, et alors seulement, j'ouvrirai notre Code civil pour montrer dans quelle mesure elle est conciliable avec ses dispositions.

Telle est la technique que je compte appliquer, dans l'étude de cette question capitale et célèbre entre toutes les autres ! Et bien digne, en effet, de toutes les controverses qu'elle a soulevées par son importance théorique et pratique.

PREMIÈRE PARTIE

L'HISTORIQUE DE LA QUESTION

Loin de contester le rôle que doivent jouer dans l'interprétation des difficultés de la législation, les précédents historiques, nous admettons au contraire qu'il faut profiter du secours qu'ils nous apportent pour réparer les lacunes de nos lois, d'autant plus que le Code civil est un droit d'équité (art. 1134, 1135, 1170 du C. civ.) et que le juge civil français a été obligé de juger même dans le silence de la loi, et que s'il trouve la demande conforme à la justice, de condamner, lors même qu'aucun texte n'autorise la condamnation (art. 4 du C. civ.), pourvu que des dispositions particulières de loi ne s'y opposent.

En imposant au juge ce devoir, le législateur n'a cependant pas voulu qu'il prenne les motifs de sa décision au hasard, ou selon le caprice ou la passion, mais il a voulu qu'il la prenne conformément à un examen consciencieux des usages du pays ; et comme

l'ancien droit, c'est-à-dire le droit romain, le droit coutumier et les ordonnances des rois ont fait partie de ces usages; il est naturel de dire que, bien qu'abrogés, comme lois, quant aux matières réglées par le Code civil (loi du 30 ventôse an XII), le droit romain, les coutumes et ordonnances peuvent et doivent même être consultés et suivis par le juge dans les cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance prévues par l'article 4 de ce Code (1).

1. Rauter, *Revue de législation*, 1859, p. 431-432.

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

La base du droit de rétention est l'équité, aussi le trouve-t-on dans tous les législations. Le droit romain l'a connu et c'est le préteur qui lui donna naissance dans ce droit au moyen de l'exception de dol.

L'ancien droit des Romains, le droit de *legis actiones*, ne pouvait l'admettre. Dans cette période, en effet, la procédure était étroitement formaliste ; contrairement à la législation moderne qui sépare la question de fond, c'est-à-dire le droit, de la question de forme, c'est-à-dire la sanction du droit ; pour qui l'action est le droit mis en mouvement, qui part du droit pour aller à la procédure et qui voit autant d'actions qu'il y a d'intérêts à sauvegarder ; à Rome on partait de la procédure pour aller au droit, il y avait un nombre limité d'actions, on ne pouvait *lege agere* que si la loi reconnaissait expressément le droit mis en mouvement (1). Dans la *legis actio*, deux

1. M. Jobbé Duval à son cours.

solutions seulement étaient possibles pour le juge : condamner ou absoudre, il ne lui était pas possible d'établir une compensation quelconque entre les droits du demandeur et ceux du défendeur.

Comment, d'ailleurs, le droit de rétention aurait-il pu prendre place dans une législation qui, à l'origine, considérait la détention d'une chose appartenant à autrui comme un simple fait, ne pouvant servir de fondement en droit à aucune prétention ? De plus, le droit de rétention, qui porte une certaine atteinte à la propriété, était parfaitement inconciliable avec le principe du *dominium ex jure Quiritium*, droit absolu dont le citoyen ne pouvait être dépouillé malgré lui, et que ses créanciers eux-mêmes devaient respecter ; le *dominus ex jure quiritium* qui revendiquait sa chose était sûr de triompher, le possesseur eût-il les raisons les plus justes et les mieux fondées à invoquer, pour la retenir.

Caractère formaliste de la procédure, principe de l'unité de la question litigieuse, confusion des idées de possession et de propriété, telles furent les causes qui empêchèrent que le droit de rétention soit reconnu et sanctionné à cette époque.

Mais une nouvelle procédure vint bientôt sinon remplacer la procédure ancienne, du moins s'y juxtaposer : la rigueur de l'ancien droit s'atténua pour donner naissance à un droit plus doux, plus

humain, plus en harmonie avec le développement des mœurs et de la civilisation romaine. Dorénavant le juge n'aura plus une besogne ingrate à accomplir, le magistrat lui indiquera dans la formule la marche qu'il devra suivre et, en vertu de sa *jurisdictio* lui ordonnera de juger davantage selon l'équité, en tenant compte des circonstances, et en établissant s'il est besoin, des compensations entre les droits des deux parties. Le préteur, ayant imprimé ce caractère d'équité au droit en général, il est naturel que nous voyons à ce moment le droit de rétention prendre naissance et se développer, puisque, dû uniquement à une idée de justice, c'est dans l'équité qu'il devait trouver son fondement et sa justification.

L'un des principaux instruments de réforme dont se servit le préteur fut *l'exception de dol* : la plus importante de toutes les exceptions (1).

Si tel justiciable était tenu d'un engagement pleinement valable d'après les termes rigoureux du droit civil, mais uniquement contracté sous l'influence de manœuvres frauduleuses, le préteur, en magistrat respectueux de la légalité, se gardait de méconnaître

1. On attribue ordinairement l'invention de l'exception de dol au préteur Aquilius Gallus, en se fondant sur ce passage de Cicéron (*de Officiis*, I, III, 14). *A nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo formulas.*

D'autres auteurs l'attribuent à Cassius d'après le fr. 4, § 33, D., XLIV, 4.

expressément, malgré son incontestable iniquité, la force obligatoire de ce lien juridique. Mais si le créancier voulait agir en justice, il se voyait repousser par l'exception de dol, arme de procédure purement défensive dont son adversaire avait été muni par le préteur ; le préteur ne niait pas la créance, seulement il donnait au débiteur le moyen de la paralyser indéfiniment. En termes vulgaires, le créancier restait créancier, mais le débiteur ne payait jamais sa dette : adroite et nécessaire conciliation du droit et de l'équité. *Si quis cum aliter convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus sed doli exceptione uti potest* (1).

Plus tard, le préteur arriva à l'accorder même si aucune manœuvre frauduleuse ne pouvait être reprochée dans le passé au demandeur, en proclamant bien haut que celui-là qui, pour faire triompher une injustice, invoquerait le droit civil, verrait sa demande repoussée : *Hanc exceptionem Prætor proposuit ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit. Sed, an dolo quid factum sit ex facto intelligitur. Et quidem dolo sit, tam in contractibus, quam in testamentis, quam in*

1. Fr., 36. D. *De verb. oblig.*

legibus (1). Enfin les jurisconsultes tirèrent encore d'autres conséquences de la théorie du dol : Papinien formule cette maxime que l'exception de dol est destinée à faire prévaloir l'équité. *Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est* (2). Ulpien en conclut que l'exception de dol pouvait tenir lieu de toutes les autres, car c'est agir par dol que de faire sciemment une demande à laquelle s'opposait une exception quelconque (3).

On voit par là que le champ de l'exception de dol est très large et embrasse parfaitement notre hypothèse.

Ainsi, par l'exception de dol, le défendeur pouvait retenir la chose qui lui était réclamée, mais ce n'était là qu'un subterfuge, qu'un moyen indirect de ne pas blesser la justice, car jamais en droit romain, comme le dit M. Planiol (4), on ne considéra le droit de rétention comme constituant un droit à part, un droit *sui generis* ; les Romains n'ont vu, dans les cas où il était formellement admis, que des cas d'application fondés sur l'équité de l'exception de dol (5).

1. Fr. 1, § 1, 2, 3. D., XLIV, 4.

2. Fr. 12. D., XLIV, 4.

3. Fr. 2, § 5. D., XLIV, 4.

4. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 2517, p. 774-775.

5. C'est ce qui explique que ce droit particulier n'ait pris que plus tard le nom de « droit de rétention », quand le souvenir

Quatre questions se posent au sujet du droit de rétention : quels sont ses cas d'application ? Comment s'exerce-t-il ? Quels sont ses caractères et ses effets ? Comment s'éteint-il ?

La première est l'une des plus importantes et des plus controversées de la matière ; c'est elle seule qui fait l'objet de cette étude ; des autres nous en parlerons sans insister.

II

La détermination des cas d'applications du droit de rétention est intimement liée à celle de ses conditions d'existence : en effet, en indiquant quelles sont celles-ci, on fixe par là même les limites de ceux-là,

Les commentateurs s'accordent à reconnaître qu'à Rome, deux conditions étaient nécessaires pour pouvoir invoquer le droit de rétention : 1^o il fallait avoir la possession ou au moins la détention de la chose que réclamait le demandeur ; 2^o il fallait que le défendeur fût créancier du demandeur.

de l'exception de dol se fut perdu. Le mot *retentio* s'employait déjà dans des textes anciens : *Unde retinere posim...* ; *poterat retentionem facere...* ; *per retentionem impensas servare* (D., X, 3, 14, § 1, XII, 6, 33, XX, 1, 1 pr.).

Beaucoup d'auteurs exigent une troisième condition : une corrélation entre la créance du défendeur et la chose due par lui (*debitum cum re junctum*).

Première condition. — Il faut que celui qui prétend exercer le droit de rétention sur une chose ait la possession de cette chose.

Mais quel doit être le caractère de cette possession ?

Peut-on user du droit de rétention sur une chose acquise par voie illégitime ?

Non, dit un premier système, soutenu notamment en Allemagne par Mühlenbruch, on exige que la possession soit *ex juxta causa* (1).

Le fondement de cette thèse se trouve dans le texte bien connu de Modestin. « Lorsque le contrat est nul ou vicieux, le créancier n'a pas le droit de retenir la chose qui lui est donnée (2). »

Dans un second système, on estime au contraire que la *justa causa* est inutile. En effet, dit-on, un texte formel (3) accorde le droit de rétention au voleur, dont la possession ne repose certainement pas sur une juste cause. Quant au texte de Modestin, invoqué par Mühlenbruch, il signifierait seulement qu'un contrat nul, et en particulier le contrat de gage,

1. Mühlenbruch, *Doctrina pandectarum*, n° 136 : *Deinde ut talis sit possessio, quam juxta ex causa quesiverimus nobis.*

2. D., XX, 1, 25.

3. D., V, 3, 36, § 5.

n'engendre aucun droit : **pas plus** le droit de rétention qu'un autre.

Dans un troisième système (1) enfin, on propose une distinction : s'agit-il d'une créance née avant l'acquisition viciieuse de la possession, pas de rétention possible ; en effet, la loi ne saurait permettre équitablement qu'une personne améliore sa situation par la fraude et la violence ; s'agit-il, au contraire, d'une créance postérieure à l'acquisition viciieuse de la possession, il y aura lieu de permettre la rétention, car la cause illégitime de cette possession ne détruit pas l'injustice qu'il y a de la part du demandeur à réclamer sa chose sans payer sa dette.

M. Gabrye invoque trois textes à l'appui de ce système : deux textes de Paul (2) qui accordent le droit de rétention au voleur pour des créances qui sont bien nées postérieurement à l'acquisition viciieuse puisqu'elles ont pour objet des impenses faites sur la chose, et le texte de Modestin (3), qui refuse le droit de rétention au créancier pour une créance née antérieurement à l'acquisition de sa possession.

De ces trois systèmes, je n'hésite pas à adopter le premier et à dire que la possession doit être une possession *ex justa causa*.

1. Glasson, *Du Droit de rétention*, p. 7. — Gabrye, *Du Droit de rétention*, p. 15.

2. D., V. 3, 36, §5, et 38 pr.

3. D., XX, 1, 25.

En effet, au point de vue rationnel, le droit de rétention est fondé sur l'équité ; or, il serait contraire à l'équité de l'accorder au créancier qui aurait ravi par violence ou tromperie un bien appartenant à son débiteur : cette sûreté qui consiste à permettre à une personne, pour cette seule raison qu'elle est créancière d'une autre dont elle n'obtient pas le paiement, de retenir la possession d'un bien appartenant à celle-ci, est assez exorbitante de droit commun pour que l'on se montre rigoureux dans la détermination de ses conditions d'existence.

Pour les mêmes raisons, nous rejetons la distinction proposée par M. Gabrye, comme étant réellement sans base au point de vue de la logique et de l'équité. En effet, M. Gabrye commence par poser en principe qu'il est injuste de pouvoir trouver dans un fait de violence le moyen d'avoir une position meilleure ; si cela est, qu'importe la date de la créance ? Qu'elle soit postérieure ou antérieure à la prise de possession, est-ce que l'injustice ne sera pas la même ? D'un autre côté, M. Gabrye reconnaît qu'un demandeur ne peut, sans iniquité, exiger la restitution de son bien sans rembourser au possesseur ce qu'il lui doit, et c'est pour ce motif que dans sa seconde hypothèse, celle d'une mise en possession antérieure à la créance, il accorde le droit de rétention. Mais, si ce principe est vrai, la date de la créance

ne signifie rien ; qu'on la suppose antérieure ou postérieure à la prise de possession, il y aura toujours la même injustice de la part du demandeur

Et, au point de vue textuel il est aisé de prouver que le seul système que nous adoptons répond aux solutions qu'on trouve dans le Digeste.

Le texte de Modestin, déjà cité, est formel : quand on soutient que ce texte signifie seulement qu'un contrat nul n'engendre aucun droit, on en donne une traduction inexacte. Modestin distingue nettement deux hypothèses : celle où le contrat est nul et celle où le contrat est entaché d'un vice *Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat retentioni locus non est* (1).

Dans le cas de la nullité du contrat, il est évident que le droit de rétention ne peut pas naître, et Modestin ne l'eût même pas dit ; il n'a, en réalité, envisagé que l'hypothèse où le contrat est entaché d'un vice, lequel ne saurait être autre que ce fait que la possession n'a pas été acquise *ex justa causa*, et, pour donner plus de force à la conséquence qu'il en tire, il l'a rapprochée de l'hypothèse où le contrat lui-même est nul.

En ce qui concerne les deux autres textes de

1. D., XX, 1, 25

Paul (1), le premier n'a pas trait au droit de rétention ; il dit seulement que pour les impenses faites par le possesseur de mauvaise foi relativement aux fruits, il a droit à ses impenses nécessaires ou utiles, et il pourra les déduire des fruits ou de la valeur estimative des fruits qu'il doit restituer. C'est plutôt, on le voit, un cas de déduction qu'un véritable droit de rétention.

Quant au second texte, on croit y voir une règle générale alors que l'on n'y peut trouver que l'exposé d'une idée propre au jurisconsulte Paul ; la simple lecture du texte ne laisse place à aucun doute sur ce point : « En ce qui concerne les impenses nécessaires et utiles, on propose cette distinction : les possesseurs de bonne foi les imputeraient toutes, mais les voleurs ne devraient s'en prendre qu'à eux s'ils ont fait des dépenses sur un fonds qu'ils savaient être à autrui ; mais il serait plus juste de faire le compte des dépenses également au profit de ces derniers, car le demandeur ne doit pas s'enrichir par le travail d'autrui. »

Il résulte donc, que la question de savoir si l'on devait reconnaître au voleur le droit de rétention était controversée à Rome. Paul admettait l'affirmative mais son opinion est restée isolée.

1. D., V, 3, 36, § 5 et 38 pr.

P. Bobes,

Deux textes prouvent nettement que la solution inverse était admise en règle générale : c'est d'abord un texte de Gaius qui suppose que Primus a élevé des constructions sur le sol de Secundus et que ce dernier revendique son terrain. « Si le propriétaire qui revendique, dit le jurisconsulte, ne paie pas la valeur des constructions et le salaire des ouvriers, Secundus pourra lui opposer l'exception de dol, à condition qu'il ait ignoré que le fonds appartenait à autrui et qu'il est construit de bonne foi comme sur le sien ; car, s'il connaissait la situation, on pourrait lui reprocher d'avoir imprudemment construit sur ce sol qu'il savait être à autrui (1). »

Le second texte, plus explicite encore, c'est une constitution d'Alexandre Sévère. Voici le texte et la traduction : *Si invito vel ignorante te partus ancillæ vel adscripticiæ tuæ expositus est, repetere eum non prohiberis, sed restitutio ejus, si non a fure vindicaveris; ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad dis-cendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris* (2).

Si l'enfant de ta servante ou de ton esclave a été abandonné malgré toi ou à ton insu, tu peux le revendiquer, mais il ne te sera rendu que si tu rem-

1. D., XLI, 1, 7, § 12.

2. C., VIII, 51 (52), 1.

bourses les frais qui ont été faits à bon droit pour le nourrir ou l'instruire, à moins toutefois que la revendication ne soit dirigée contre un voleur.

Je pose donc comme première condition à l'existence du droit de rétention, que la possession du rétenteur doit être une possession *ex justa causa* (1).

Deuxième condition. — Il faut que le possesseur soit créancier de celui qui réclame la chose, mais il n'est pas besoin qu'il soit créancier *jure civili*, il suffit d'une créance naturelle. L'obligation naturelle étant reconnue et protégée par le prêteur il allait de soi qu'elle fût sanctionnée par la rétention moyenne de défense créée par le prêteur dans un but d'équité.

Mais ces deux conditions admises, devons-nous dire qu'une corrélation est nécessaire entre la créance du défendeur est la chose due par lui ?

Certains auteurs (2), et je pourrais même dire

1. Il faut remarquer que l'expression *justa causa* n'a pas ici le sens qu'on lui reconnaît dans la théorie de l'usucapion; il ne s'agit pas de savoir si la possession du rétenteur doit être telle qu'elle puisse le conduire à l'usucapion. Dans notre cas il est inutile que le possesseur soit *in causa usucapiendi* puisque le droit de rétention s'oppose à la revendication, laquelle peut être intentée aussi bien contre un détenteur que contre un possesseur. Des textes formels accordent d'ailleurs le droit de rétention à des détenteurs (D, XX, 1, 1 pr. *in fine* et XIII, 6, 8 et 18, § 4). Il s'agit seulement de savoir si l'on doit exiger que la possession de celui qui prétend exercer le droit de rétention ait une origine légitime.

2. Voir notamment Glasson, *op. cit.*, p. 8. — Guillouard,

presque tous les auteurs, soutiennent qu'il faut que la créance de celui qui prétend retenir la chose de son débiteur soit née à l'occasion de cette chose : qu'il y ait *debitum cum re junctum*. Cela résulte, disent-ils, de ce que tous les textes relatifs au droit de rétention supposent implicitement, ou même parfois explicitement que cette condition du *debitum cum re junctum* est réalisée.

Je reconnais bien qu'en fait, dans la plupart des hypothèses où peut être invoqué le droit de rétention, cette condition se trouvera réalisée ; mais je crois précisément que ces textes envisagent seulement les cas les plus ordinaires, le *id quod plerumque fit*, mais qu'ils n'ont rien d'absolu, rien d'exclusif, et qu'on peut leur en opposer d'autres qui suffiront pour confirmer qu'il n'est pas nécessaire que la créance du rétenteur soit née à l'occasion de la chose retenue.

C'est d'abord la loi 1 pr. D., de *pignoribus et hypothecis*, XX, 1. — Voici l'espèce prévue par Papinien : je vous hypothèque, où je vous donne en gage à vous mon créancier, une chose dont je ne suis ni propriétaire, ni créancier ; plus tard, je deviens propriétaire de cette chose : dans ces conditions, si vous n'avez pas ignoré que l'objet donné en gage appar-

Du Droit de rétention, n° 4. — Rony, *Du Droit de rétention*, p. 17. — Gaultier, *Du Droit de rétention*, thèse 1898, p. 26. — Dalloz, *Répertoire : rétention*, n° 21.

tient à autrui, vous n'aurez pas l'action servienne. décide Papinien ; mais vous aurez toujours le droit de rétention.

Il est évident qu'ici il n'y avait aucun rapport entre la créance et le bien remis en gage, puisque la créance existait déjà contre le constituant avant qu'il ne soit devenu propriétaire.

C'est ensuite la loi 26 § 4, D., *de conditione indebiti*, XII, 6. « Primus, débiteur envers Secundus de 100, lui donne par erreur un champ qui vaut 200. En vertu des principes du droit romain qui autorisent le débiteur à s'acquitter de sa dette par une *datio in solutum* si le créancier y consent, on serait porté à admettre que Primus est libéré et que Secundus gardera la moitié du champ, puisque sa créance n'était en réalité que de 100. Cependant Ulpien décide que le débiteur pourra répéter le fonds entier, car autrement il serait copropriétaire avec Secundus ; or, nul n'est forcé de rester dans l'indivision : *nemo enim invitus compellitur ad communionem*. Mais le jurisconsulte ajoute que le créancier jouira du droit de rétention sur ce champ jusqu'à l'acquittement de la dette.

Peut-on soutenir qu'il y a là un rapport quelconque entre la créance et la chose possédée ? Peut-on admettre que Secundus était créancier de 100 à raison du champ qu'on lui a livré ? Non, la dette du

débiteur est bien étrangère au fonds donné, par erreur, en paiement.

Il en est de même de la loi I du Codex : *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri*, VIII, 26 (27).

Ainsi décidons-nous qu'à Rome, il faut et il suffit, pour que le droit de rétention puisse être invoqué, qu'une personne soit créancière d'une autre et qu'elle possède ou au moins détienne *ex justa causa* un bien appartenant à cette dernière (1).

La théorie que nous adoptons conduit non seulement à une conception idéale du droit de rétention, mais bien aussi à l'idée que les Romains ont dû concevoir de cette sûreté. En effet, nul droit, plus que le droit romain, n'a donné l'exemple d'une législation perpétuellement contrainte, par nécessité pratique, à tourner ses propres principes pour n'avoir pas à les renier ; une fois le mouvement tournant achevé, une règle nouvelle était née, et quoique privée de l'état civil, se substituait au principe légitime, mais sans le dire et sans l'avouer.

C'est le préteur, qui par une série de procédés indirects, a fait subir au droit romain ce travail constant et profond de rénovation et de perfectionnement ; il a su, non d'une manière brutale et soudaine, mais

1. En ce sens : Gabrye, p. 32. — Ramniceano, *Du Droit de rétention*, p. 32.

par un long et patient *processus historique*, compléter, retoucher, refondre, élargir l'œuvre fruste du législateur primitif; c'est lui qui a introduit dans les lois romaines la rétention, si conforme du reste à cette équité qu'il voulait faire prévaloir.

C'est donc l'équité, le fondement et l'origine du droit de rétention, ce doit être sa seule limite : pourquoi alors exiger la connexité ?

Et, du reste, comment est-ce qu'on faisait valoir en justice le droit de rétention ? Que soutient la personne qui invoque le droit de rétention, et qui défend à la prétention du propriétaire ou du créancier de l'objet qu'il détient ?

Elle ne nie point que le demandeur soit propriétaire ou créancier, loin de là, mais elle déclare que, eu égard à des circonstances et motifs déterminés, il y a, de la part du demandeur, un dol véritable à exiger la restitution de la chose.

Les lignes qui précèdent dénotent que la *retentio* n'est autre chose qu'un moyen de défense indirect. Le rétenteur, sans combattre de front la prétention du demandeur qui intente une action *in rem* ou *in personam* pour recouvrer l'objet litigieux, essaie de paralyser les effets de cette demande, en démontrant l'injustice et le dol dont son adversaire se rend coupable.

Dans toutes les actions, excepté les actions de

bonne foi, dont l'*intentio* de la formule contient les mots *ex bona fide* ou *ex æquo et bono*, qui permettent au juge d'embrasser à la fois les deux rapports de droit et lui ordonnent de faire prévaloir les règles de l'équité sur celles du droit civil, il était nécessaire, pour l'exercice du droit de rétention, que l'exception de dol fut insérée à la suite de l'*intentio* « *nisi de dolo appareat* ». Or, qui donc est chargé à Rome de décider s'il y a dol, si l'équité est atteinte, si l'exception en un mot est vérifiée? C'est le juge, et pour le faire, il lui est accordé les pouvoirs les plus étendus; il lui est permis, pour asseoir sa décision, de s'inspirer, de tenir compte de toutes les réclamations du défendeur: il accordera ou refusera le droit de rétention suivant les circonstances particulières de chaque espèce, et suivant que, d'après ces circonstances, la reprise de la chose par le débiteur lui paraîtra ou non injuste, soit que la créance du défendeur contre le demandeur ait pris naissance à l'occasion de la chose, soit qu'elle ait une origine tout à fait étrangère à la chose.

Ces grands pouvoirs accordés au juge n'avaient qu'une seule limite: le contrôle du préteur qui était là, l'œil ouvert, pour l'empêcher de s'écarter des règles de la saine justice.

Je conclus donc qu'à Rome, le droit de rétention ayant pour base l'équité était très général, très étendu, et les hypothèses dans lesquelles il pouvait

se présenter étaient nombreuses, car le plus souvent si on n'avait pas autorisé l'usage de l'exception de dol et par elle la rétention, le défendeur se serait trouvé ou privé de tout recours, ou n'aurait en cas d'insolvabilité du demandeur qu'un recours illusoire.

Le droit de rétention pouvait être invoqué dans deux grandes classes d'hypothèses : d'une part, dans les contrats synallagmatiques, où il permettait à l'un des cocontractants de repousser l'action dirigée contre lui tant que son cocontractant n'exécutait pas sa propre obligation, et dans les actions en revendication, d'autre part, où il assurait au possesseur de la chose d'autrui qui avait fait des impenses sur cette chose la conservation de sa possession tant qu'il n'était pas remboursé de ses impenses.

Voici, à titre d'exemple, quelques cas des plus intéressants :

Droit de rétention du commodataire. — En dehors de l'action *commodati contraria*, le commodataire peut retenir la chose *quasi pignoris loco* jusqu'à ce que le commodant ait satisfait à ses propres obligations (1). Ces obligations se ramènent à deux : il doit indemniser le commodataire des dépenses nécessaires que

1. D., XLVII, 2, 15 § 2 et 59.

celui-ci a faites, et du préjudice que son dol ou les vices de la chose prêtée ont pu lui causer (1).

On s'est demandé si ce droit de rétention subsistait encore après la constitution de Dioclétien relative au commodat : *Pætextu debiti restitutio commodi non probabiliter recusatur* (2). D'après l'opinion généralement admise, ce texte a généralement pour but d'interdire l'exercice de la rétention pour des créances qui n'ont pas leur cause dans le commodat, mais pour les créances connexes la rétention continuait à être permise (3).

Cette constitution de Dioclétien vient confirmer notre théorie relative au droit de rétention, car si cette sûreté ne pouvait être accordée que dans les cas de connexité, il n'aurait point été nécessaire d'un texte spécial pour en limiter l'exercice à ces cas.

Droit de rétention du vendeur. — Le vendeur a le droit de retenir la chose qu'il a vendue, tant qu'il n'a pas intégralement touché le prix convenu (4).

Droit de rétention du dépositaire. — Outre l'action *depositi contraria*, le dépositaire jouit du droit de rétention comme garantie des obligations du dépo-

1. D., XIII, 6, 18 § 3.

2. C., IV, 23, 4.

3. En ce sens : Accarias, t. II, p. 255 et note 2.

4. D., XIX, 1, 13, § 8.

sant (1). Justinien cependant paraît lui refuser cette sûreté (Constit. 11, *Depositi*). Mais nous pensons, contrairement à l'opinion de la majorité des auteurs, que ce texte, à la ressemblance de ce qui avait lieu pour le *Commodat*, n'interdit l'exercice du droit de rétention que pour les créances étrangères à la chose déposée (2).

Droit de rétention du mari. — Ulpien nous apprend que le mari pouvait exercer des retenues dans cinq cas : 1° *propter liberos* ; 2° *propter mores* ; 3° *propter impensas* ; 4° *propter res donatas* ; 5° *propter res amotas* (3).

Justinien ayant complètement refondu la matière de la dot et ayant supprimé toutes les rétentions, sauf les rétentions *propter impensas*. Nous nous occuperons seulement de ces dernières, qui d'ailleurs sont les plus importantes. Nous écartons immédiatement les dépenses voluptuaires pour lesquelles le droit du mari se borne uniquement au *jus tollendi*. En ce qui concerne les impenses nécessaires et utiles, il convient de distinguer le droit classique et celui de Justinien.

A. DROIT CLASSIQUE. — Le mari peut recouvrer les dépenses utiles qu'il a faites et celles-ci sont garanties

1. *Collectio legem mosaïcarum*, X, 2, § 6.

2. En ce sens : Accarias, t. II, p. 260.

3. Ulpien, *Regulæ*, tit. VI, p. 9-14.

par le droit de rétention, mais à condition qu'elles aient été faites avec le consentement de la femme (1). Quant aux impenses nécessaires la retenue est permise et le fameux adage : *Impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt* trouve son application (2).

Mais Ulpien fait remarquer que cette diminution de plein droit n'existe que si la dot est liquide, si elle comprend des sommes d'argent. Ce n'est pas alors un véritable droit de rétention mais bien plutôt une compensation se produisant de plein droit et dans laquelle le mari n'est plus débiteur que de l'excédent de sa créance. Au cas où la dot ne comprend que des corps certains, apparaît au profit du mari un véritable droit de rétention s'exerçant sur les corps certains dont il est débiteur. Enfin, dans l'hypothèse où la dot comprend à la fois de l'argent et des corps certains, les impenses nécessaires s'imputent en premier lieu sur la dot pécuniaire et la diminuent ainsi de plein droit : le droit de rétention s'exerce pour le surplus sur les corps certains.

B. DROIT DE JUSTINIEN. — Justinien réunit en une seule les actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* à laquelle il donna le nom d'action *ex stipulatu* ; il en fit une action de bonne foi (3).

1. D., XXV, 1, 9.

2. D., XXV, 1, 5.

3. C. V. 13. *De rei uxoriæ*.

Cette action ne comporte aucune espèce de retenue si ce n'est *propter impensas necessarias* : les autres retenues sont supprimées. Mais pour ces impenses nécessaires, la règle : *Impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* garde toute sa portée. Justinien cependant ne paraît pas admettre de rétention au cas de dot comprenant des corps certains.

Pour les impenses utiles, le droit de rétention est supprimé également, mais Justinien décide que si ces impenses ont été faites avec le consentement de la femme, le mari aura l'action *mandati contraria*, et l'action *negotiorum gestorum* si elles ont été faites sans son consentement.

Droit de rétention du possesseur à raison de ses impenses. — Le possesseur jouira du droit de rétention selon la catégorie d'impenses qu'il invoquera à l'appui de son droit, mais surtout suivant qu'il aura été de bonne ou de mauvaise foi.

Et d'abord, supposons que le possesseur ait été de bonne foi.

Le droit de rétention lui est alors accordé pour toutes les impenses nécessaires, car il a empêché la chose de périr.

Il a droit également à se faire rembourser les impenses utiles, mais dans ce cas l'indemnité sera au choix du demandeur, de la plus-value acquise au

fonds par les impenses ou du montant même de ces impenses (1). Encore cette formule est trop large et l'indemnité du défendeur est elle-même assez aléatoire, car un passage de Celsus nous dit que le juge décidera d'après les circonstances : *Bonus judex varie ex personis causisque constituet* (2). L'équité en cette matière sera donc sa seule loi. Il est des cas, en effet, où le juge pourrait sans injustice laisser la plus-value au propriétaire sans l'obliger à indemniser le défendeur : il en sera ainsi lorsque le propriétaire est pauvre et ne peut rembourser les impenses utiles sans être obligé de vendre un bien de famille, par exemple la demeure ou la sépulture de ses ancêtres. Il serait injuste de l'obliger à rembourser de dépenses qu'il n'a pas consenties et qui n'étaient pas nécessaires ; aussi Celse dit-il que, dans ce cas, il ne sera tenu à aucune indemnité et que le possesseur ne jouira que du droit d'enlever ce qu'il a apporté sur le fonds, et encore à condition de ne pas le détériorer. De même, si le demandeur est trop pauvre pour payer la plus-value, il lui sera permis de payer la somme que pourrait retirer le possesseur de la vente de ces objets (3).

1. D., XLI, I, 7 § 12.

2. D., VI, I, 38.

3. D., VI, 27 § 5 et 28.

Enfin, pour ses impenses voluptuaires, le possesseur n'a pas le droit de rétention ; il a simplement le droit d'enlever ce qu'il a apporté s'il peut le faire sans causer de détérioration à l'immeuble.

Supposons, au contraire, que le possesseur ait été de mauvaise foi.

Pour les impenses nécessaires il a le droit de rétention, car bien qu'il ait été de mauvaise foi, il a néanmoins conservé la chose, il l'a empêchée de périr, et le propriétaire s'enrichirait à ses dépenses en ne lui remboursant pas ses impenses.

En ce qui concerne les impenses utiles, le possesseur n'avait à l'origine aucun droit de rétention : on considérait qu'il devait être censé avoir voulu faire donation de ces impenses au propriétaire. Cette doctrine était un peu rigoureuse et reçut quelques adoucissements dans le dernier état de la jurisprudence classique. Ainsi, au III^e siècle, l'empereur Antonin permet d'enlever les matériaux qu'il avait apportés à condition qu'il prouve n'avoir pas agi *animo donandi* (1).

Et plus tard, l'empereur Gordien supprima cette condition : il lui donne en toutes circonstances le *justollendi* pourvu que le fonds n'en souffre pas (2).

1. C. III, 32. 2.

2. C. III, 32. 5.

III

Deux mots enfin, avant d'abandonner le droit romain pour indiquer les effets et les modes d'extinction du droit de rétention.

Le droit de rétention n'a été, à vrai dire, à Rome, qu'un moyen de contrainte indirect ; souvent le débiteur récalcitrant se décidera à payer, à exécuter son obligation pour pouvoir rentrer en possession de son bien : cette pression toute morale sur la volonté du débiteur, c'est en somme le plus sérieux, je pourrais même dire le seul avantage que le créancier romain avait à attendre du droit de rétention.

Le droit de rétention s'éteint, comme tout droit accessoire, de deux manières : il cesse d'abord si la créance qu'il a pour but de garantir vient à s'éteindre, puis il prend fin de lui-même, d'une manière principale, par des modes d'extinction qui lui sont propres.

Nous n'avons rien à dire de l'extinction du droit de rétention par voie accessoire, lorsque la créance qu'il garantit cesse d'être due : il suffit de poser en principe que, toutes les fois que la créance sera éteinte, le créancier cessera de pouvoir invoquer le droit de rétention.

Quant aux modes d'extinction principaux du droit

de rétention, ils sont au nombre de trois : la perte totale de la chose retenue, la renonciation du créancier à son droit, et enfin la perte de la possession, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où le créancier rétenteur peut prendre la possession au moyen d'interdits et exercer ainsi son droit de rétention.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

La controverse qui s'est élevée en droit romain sur l'étendue du droit de rétention se renouvelle ici, plus grande peut-être, et les avis ne sont pas moins partagés. Cette diversité d'opinion tient d'une part à ce que les textes qui se sont occupés de la matière sont très brefs ; et, d'autre part, à ce que nos anciens jurisconsultes n'ont jamais tenté d'établir une théorie générale sur le droit de rétention.

Tous les auteurs sont d'accord pour décider que deux conditions étaient certainement nécessaires pour que l'on puisse invoquer le droit de rétention : il fallait, d'une part, que celui qui prétendait user de cette sûreté eût la possession ou au moins la détention de la chose sur laquelle il voulait l'exercer, et que d'ailleurs cette possession ou cette détention fût *ex justa causa* ; et, d'autre part, que le possesseur ou le détenteur fût créancier du propriétaire de la chose.

Mais, celles-ci mises à part, des graves controverses

se présentent sur le point de savoir si une troisième condition n'était pas nécessaire et, bien plus, les auteurs ne sont même pas d'accord sur la nature de cette troisième condition : pour les uns, le droit de rétention n'existerait que dans les cas prévus par les textes ; pour les autres, un texte n'est pas nécessaire pour légitimer l'exercice du droit de rétention, mais cet exercice ne serait permis que dans les cas où il y aurait *debitum cum re junctum*.

Le premier système, brillamment soutenu par M. Gabrye, estime que cette conception restrictive du droit de rétention nous est imposée par les textes de l'ancien droit que nous possédons sur la question ; il invoque principalement Doneau, Voët et Pothier.

Le passage de Doneau sur lequel s'appuie cette manière de voir est le suivant : *sed hæc retentio tribuitur res certis tantum in causis. Extra causam dotis in his...*, et Doneau s'efforce de citer les différents cas d'application du droit de rétention (1). Ainsi, suivant Doneau, dit M. Gabrye, « il n'y a de rétention que dans des cas déterminés. Ce sont ceux qui ont été examinés par les jurisconsultes romains, et ceux que l'usage y a ajoutés. Hors de ces cas il n'y a pas lieu à rétention (2) ». Que Doneau ait eu l'intention de

1. Doneau, *opera omnia*, t. VI, p. 854. § 8.

2. Gabrye, *op. cit.*, n°s 53-58, p. 86. — Olier, *Des cas d'applications de la rétention légale*, p. 102.

donner une nomenclature à peu près complète des cas de rétention admis expressément dans l'ancien droit, cela paraît certain, mais qu'il ait ainsi voulu limiter les cas de rétention, cela est moins évident : son intention en tout cas n'est pas assez formelle pour qu'on puisse y trouver les bases d'une théorie sérieuse.

Voët, cité également à l'appui de ce système, semble admettre aussi que le droit de rétention n'est accordé que dans des cas limitativement déterminés par des textes de droit romain ou les dispositions des coutumes : *Pluribus autem in causis retentio usum invenit* et aussi *nec dubium quin illi quibus jus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos, tum ad successores particulares... transmittunt* (1). Enfin : *Leges... possessori bonæ fidei retentionem tribuunt rei possessæ donec...* (2).

Je ne crois pas pouvoir donner à ces citations de Voët la portée que voudrait leur accordait M. Gabrye. En effet, il suffit de se reporter au contexte pour se rendre compte que, là encore, l'interprète du droit romain essaye une énumération certainement incomplète : il nous dit que l'acheteur, la femme, le repré-

1 Voët, *Commentarius ad Pandectas*, livre XVI de *Compensationibus*, § 20. p. 737.

2. Voët, *De pignoribus et hypothecis*, livre XX § 4 *in fine*, p. 856.

sentant de commerce jouissent dans certaines circonstances de la rétention ; il affirme plus loin que la loi ou la coutume concèdent formellement le droit de rétention et que ce droit passe aux héritiers. Il examine enfin le cas particulier du possesseur de bonne foi ; mais il n'y a nulle apparence que Voët ait voulu formuler une théorie générale ni prétendre que la rétention n'avait lieu que lorsqu'une disposition coutumière ou un texte de droit romain en autorisait l'exercice.

De Pothier, on cite les lignes suivantes : « Lorsque sur l'action de revendication, le demandeur a justifié de son droit, le possesseur est condamné à lui délaisser la chose revendiquée : mais *dans certains cas*, lorsque le possesseur a déboursé quelque somme ou contracté quelque obligation pour la libération, la conservation ou l'amélioration de la chose qu'il est condamné de délaisser, le possesseur qui excipe de ces impenses n'est condamner à le délaisser qu'à la charge pour le demandeur de le rembourser au préalable de ce qu'il a déboursé et de l'indemniser » (1).

Peut on tirer un argument sérieux de ces mots *dans certains cas* ? Non. Pothier n'indique même pas si ces cas ont été déterminés, et l'eussent-ils été, ce ne serait que des hypothèses particulières qui ne nous

1. Pothier, *Traité du domaine de propriété*, 2^e partie, art. 6, n° 343, p. 342.

permettent pas d'en induire une règle générale.

Et d'ailleurs, s'il était vrai que les trois énumérations que cite M. Gabrye étaient limitatives, alors elles devraient évidemment être identiques toutes les trois : or, il n'en est rien ; il suffit de les lire attentivement pour remarquer que l'énumération de Doneau est plus compréhensive que celle de Voët et surtout que celle de Pothier, laquelle ne semble accorder le droit de rétention qu'au possesseur à raison de ces impenses.

Je repousse donc sans hésiter le système de M. Gabrye et j'estime qu'il n'était nullement besoin d'un texte pour légitimer l'exercice du droit de rétention, dans notre ancien droit : je montrerai, en effet, en examinant les cas d'application du droit de rétention que des textes formels de nos coutumes prouvent que ce droit existait dans des cas que ne nous indiquent ni Doneau, ni Voët, ni Pothier.

Dans une seconde théorie (1), ai je dit, si l'on n'exige pas pour accorder le droit de rétention un texte formel, cependant on ne se contente pas des deux premières conditions que j'ai indiquées plus haut : il faut, en outre, dit-on, que la créance pour la garantie de laquelle on veut exercer le droit de rétention soit née à l'occasion de la chose que l'on

1. Guillouard, *op. cit.*, n° 12, p. 281. — Glasson, *op. cit.*, p. 21. — Nicolas, *Du droit de rétention*, nos 114-115.

prétend retenir, qu'il y ait, selon l'expression consacrée, *debitum cum re junctum*.

M. Guillouard fonde son système sur un texte de Garsias, jurisconsulte du ^{xv}^e siècle, qui présente cette opinion comme étant reçue de son temps par la majorité des auteurs.

Inde, écrit-il, qui expensas facit in colendis fructibus et colligendis et servandis causam habet coherentem ipsi rei : quæ causa retentionem inducit ; nam licet regulariter res quæ pignori non est tradita non possit pro debito retineri (1).

On invoque encore dans le même sens ce texte de Voët : *Præcipue retentionis locus est ob id quod occasione rei retentæ debetur, veluti ob impensas in eam factas* (2).

Ce second système me semble tout aussi inadmissible que le précédent : d'une part, en effet, on ne trouve nulle part formulé d'une manière expresse dans les textes de l'ancien droit ce principe que le *debitum cum re junctum* est l'une des conditions d'existence du droit de rétention. C'est là un fait, par lui-même, assez impressionnant : j'admets bien sans doute que dans la plupart des cas où le droit de rétention peut-être invoqué, il y ait *debitum cum re*

1. Garsias, *De expensis et meliorationibus*, ch. I^{er}, n^o 16, éd. de 1614 p. 9 et 10.

2. Voët, *Ad Pandectas, de Compensatione*, § 20.

junctum, mais on ne peut pas conclure de cette simple circonstance de fait à l'existence d'une règle impérative.

D'autre part, des textes formels prouvent que le droit de rétention pouvait être exercé dans des hypothèses où il n'y avait aucune connexité entre la créance du défendeur et la chose retenue : c'est d'abord l'article 175 de la Coutume de Paris qui donne le droit de rétention à l'aubergiste. C'est ensuite l'ordonnance de 1539, qui autorise le défendeur à retenir la chose « pour réparations, améliorations ou autres droits ». Ces derniers mots sont très larges et ne paraissent pas exiger la connexité,

Un texte de Voët nous montre que la jurisprudence des pays du droit écrit donnait à la femme et même aux enfants le droit de retenir la possession des biens du mari jusqu'au remboursement de la dot.

Moribus, hodiernis nec tantum per actionem sed et mediante retentione, vidua rerum suarum restitutionem persequi nunc potest... eamque in finem non modo in domo mariti mortuaria remanere, sed et prædiorum mariti tum allodialium, tum feudaliū possessioni incumbere donec hæc omnia ipsi restituta sint (1). On ne peut trouver aucune espèce de connexité entre la créance en restitution de la dot et

1. Voët, *Ad Pandectas*, livre XXIV, t. III, § 9.

l'obligation de restituer les biens du mari qui incombe à la femme ou aux enfants.

Pothier, rappelant le rescrit de Gordien, nous dit : « Cette décision de l'empereur Gordien a lieu dans notre jurisprudence. Quoique la dette pour laquelle une chose m'avait été donnée en nantissementait été entièrement acquittée, si je me trouve encore créancier d'une autre somme certaine et liquide du débiteur, je pourrai la retenir pour cette autre créance (1). » Voilà encore un cas de rétention où la créance n'a aucun rapport avec la chose : je ne trouve pas sérieuse l'objection que l'on nous fait et qui tend à voir dans cette hypothèse une rétention conventionnelle reposant sur la volonté présumée des parties, car quoi qu'on dise, un doute subsiste au moins sur l'intention du débiteur et ce doute doit s'interpréter en sa faveur ; ce n'est donc là qu'un cas de rétention légal.

Dans toutes ces hypothèses, on le voit, le droit de rétention pouvait être exercé bien que la condition du *debitum cum re junctum* ne fut pas réalisée.

Et pour ce qui est des textes invoqués par les partisans du *debitum cum re junctum*, je crois qu'ils constatent seulement que la plupart du temps, là où on pouvait invoquer le droit de rétention, il y avait un lien entre la créance du défendeur et la chose, mais

1. Pothier, *Traité du nantissement*, ch. II, n° 47.

sans dire que le *debitum cum re junctum* était une condition *sine qua non* de l'exercice de notre droit. Aussi bien n'est-ce pas ce qui ressort du texte même de Voët, que cite M. Guillouard : « *Precipue*, en général... le plus souvent » dit ce texte (1).

Je conclus donc que les conditions d'existence du droit de rétention étaient, dans notre ancien droit, ce qu'elles étaient déjà en droit romain ; il est tout naturel que telle ait été la règle dans les pays de droit écrit directement inspirés de la législation romaine. Pour qu'il en fût autrement dans les pays de coutume où, dans le silence des textes, on appliquait le droit romain qui valait alors comme raison écrite, il aurait fallu que des textes précis soient venus le décider ou que les auteurs de cette époque aient posé des règles certaines et indiscutables. Or, il n'en est rien : il est impossible de trouver un texte établissant que notre ancien droit ait innové quant aux conditions d'existence du droit de rétention ; et, en ce qui concerne nos anciens auteurs, ils ont toujours envisagé la rétention comme une application du principe d'équité que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, et c'est en partant de ce principe qu'ils l'ont accordée d'une manière générale.

Aussi fit-on du droit de rétention un très grand

1. Guillouard, *op. cit.*, n° 12, p. 293.

usage dans notre ancien droit, tellement même que des abus finirent par se produire. Les plus choquants se manifestèrent dans l'hypothèse où le droit de rétention est opposé à raison de ses impenses sur la chose par un possesseur à l'action dirigée contre lui par le propriétaire de cette chose. On vit des possesseurs ne réclamer le paiement de leurs impenses qu'après avoir été condamnés et au moment où l'on voulait exécuter la sentence : ils opposaient alors leur droit de rétention pour se faire maintenir en possession et ils s'efforçaient de retarder la vérification et la liquidation de leurs impenses pour prolonger cet état de choses le plus longtemps possible.

Ces abus firent naître un mouvement assez vif contre le droit de rétention ; plusieurs auteurs critiquèrent sévèrement cette faveur accordée aux créanciers.

Guy Coquille, par exemple, alla jusqu'à la qualifier de « voye de fait ». La royauté s'émut de ces critiques et, par trois ordonnances successives, elle vint réglementer l'exercice du droit de rétention.

La première en date est l'ordonnance de Villiers-Cotterets du mois d'août 1539. Son article 96 décida que le juge fixerait un délai à l'échéance duquel la liquidation des impenses devrait être opérée : si elle ne l'était pas, le rétenteur serait tenu néanmoins de restituer le bien. « Et si sur l'exécution dudit jugement ou arrêt était requis connaissance de cause pour

améliorations, réparations ou *autres droits* qu'il conviendra de liquider, le condamné sera tenu de vérifier et liquider lesdites réparations, améliorations ou *autres droits* pour lesquels il prétend rétention des biens et choses adjugées, dedans certain bref délai seul et péremptoire, qui sera arbitré par les exécuteurs, selon la qualité des matières et distance des lieux ; autrement, à faute de ce faire dans ledit temps, et icelui échu, sans autre déclaration ou forclusion, seront contraints les condamnés eux désister et départir de la jouissance des choses adjugées, en baillant caution par^e la partie de payer après la liquidation ce qui serait demandé par le condamné... (1) »

Cette première restriction apportée à l'exercice du droit de rétention fut insuffisante à arrêter les abus. En 1566, l'Ordonnance de Moulins, rendue sous le règne de Charles IX sur la proposition du chancelier Michel de L'Hospital, posa une règle encore plus sévère : elle ne se borna plus, comme l'ordonnance de 1539, à fixer un délai dans lequel le droit de rétention devrait avoir produit ses effets, elle décida dans son article 52 que, *nonobstant* opposition du droit de rétention, le propriétaire pourrait reprendre immédiatement son bien, à charge toutefois pour lui de

1. *Recueil général des anciennes lois françaises*, par Jourdan, Decrusy et Isambert, t. XII, p. 619-620.

fournir caution garantissant qu'il paierait ce qu'il était dû au possesseur à raison de ses impenses. « Pour faciliter les exécutions des arrêts et jugements, et plusieurs involutions et longueurs qui y sont par trop fréquents et ordinaires; avons ordonné que d'oresnavant, pour les réparations et améliorations adjugées aux condamnés, ne seront empêchées les exécutions des jugements pour le fait de la possession et introduction en icelle des personnes qui auront obtenu jugement à leur profit, en baillant par eux caution bourgeoise et suffisante de payer lesdites réparations et améliorations: sitôt qu'elles seront liquidées; et demeurant la terre ou héritage pour ce regard affecté ou hypothéqué audit paiement sinon que le condamné les offrît liquider dans un mois pour tout délai (1). »

Enfin, la grande ordonnance du mois d'avril 1667 sur la procédure combina les dispositions des deux précédentes: elle laissa subsister théoriquement le droit de rétention au profit du possesseur, mais le juge pouvait fixer un délai pour le règlement des impenses et le propriétaire revendiquant était autorisé à rentrer en possession immédiate de son bien en fournissant caution. L'article 9 du titre 27 de cette ordonnance s'exprime ainsi: « Celui qui aura été

1. Jourdan, Decrusy et Isambert, *op. cit.*, t. XIV, p. 202-203.

condamné de laisser la possession d'un héritage en lui remboursant quelques sommes, espèces, impenses ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage qu'après avoir été remboursé ; et à cet effet sera tenu de faire liquider les espèces, impenses et améliorations dans un seul délai qui lui sera donné par l'arrêt ou jugement ; sinon l'autre partie sera mise en possession des lieux, en donnant caution de les payer après qu'elles auront été liquidées » (1).

Telles sont les restrictions apportées à l'exercice du droit de rétention par les trois ordonnances successives de Villers-Cotterets, de Moulins et de Saint-Germain. Restrictions, on le voit, de pure forme : elles se sont bornées, en effet, à régler certains points et à réprimer quelques abus, mais sans toucher ni à la généralité du droit de rétention, ni aux avantages de fond qu'il offrait au créancier dans notre ancien droit.

I

La théorie que j'ai proposée quant aux conditions d'existence du droit de rétention, fait pressentir la solution que j'adopte en ce qui concerne la détermination des cas d'application de ce droit.

1. Jourdan, Decrûsy et Isambert, *op. cit.*, t. XVIII, p. 156.

Le droit de rétention étant à mon sens, fondé dans notre ancienne France de même qu'à Rome, exclusivement sur l'équité, le créancier non payé qui se trouvait en possession licite d'un bien appartenant à son débiteur, devait pouvoir dans notre ancien droit, de même qu'en droit romain, exercer le droit de rétention dans toutes les hypothèses où l'équité voulait que cette sûreté lui soit reconnue, de telle sorte que le droit de rétention était susceptible de recevoir des applications extrêmement nombreuses. Et, de même qu'à Rome, on peut, si l'on envisage dans leur ensemble les cas d'applications du droit de rétention dans notre ancien droit, les ranger tous dans l'une ou l'autre de ces deux catégories générales d'hypothèses : l'hypothèse d'une part, du contrat synallagmatique non exécuté par l'une des parties, et l'hypothèse de l'action en revendication dirigée contre un possesseur qui a fait des impenses sur la chose qu'il possédait, d'autre part.

Et voici, uniquement à titre d'exemples, car je n'ai pas la prétention de dresser une liste complète, quelques-uns des plus principaux et des plus usuels cas d'application que nous font connaître soit les textes des coutumes, soit les ouvrages de nos anciens jurisconsultes.

1^o Le droit de rétention reconnu à l'hôtelier sur les bagages du voyageur. L'article 175 de la Coutume

de Paris est ainsi conçu : « Dépens d'hôtelage livrés par hôtes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiés et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et chevaux hôtelés et les peut l'hôtelier jusqu'à paiement et si aucun autre créancier les voulait enlever l'hôtelier a juste cause de s'y opposer (1). »

Ici l'hôtelier a à la fois un privilège et un droit de rétention, ce dernier droit sert à consolider et à renforcer le privilège.

Par le privilège, l'hôtelier pourra exercer un droit de préférence sur le prix provenant des effets et chevaux du voyageur, s'il en poursuit la vente. Par le droit de rétention, il peut en conserver la possession même à l'encontre des autres créanciers privilégiés jusqu'à ce qu'il ait reçu un paiement complet de ce qui lui est dû ;

2^e Le droit de rétention accordé aux ouvriers et voituriers à raison des frais qu'ils ont pu faire pour fabriquer, réparer ou transporter la chose appartenant à leur débiteur. « Ceux qui ont fait les moissons et cueillettes de grains, bleds, vendanges, vins : aussi voituriers par eau ou par terre peuvent, pour leurs salaires, faire arrester et empêcher les bleds, vendanges, vins, charettes et chevaux, marchandises et

1. Autres coutumes : Mantes, art. 188. — Montfort art. 180. — Reims, art. 395. — Calais, art. 243. — Étampes, art. 154.

biens de leurs débiteurs à la requête des quels ils ont besoin, et tiennent tel arrest et empêchements jusqu'à plein paiement, et s'il y a opposition, le créancier en cas de dény informera de sa debte, dedans un seul et bref délai qui lui sera préfixé par le juge. »

« Nos lois de France, dit Guy Coquille, sur cet article, qui ont bien souvent réprouvé toutes voyes de fait, et qu'aucun de son autorité se fasse droit et prenne sa raison par ses mains, ont trouvé meilleur de faire saisir sous l'autorité de justice. Toutefois si la chose était en la présence du mercenaire *sans vice ni fraude*, je crois que sans faire saisir, *il pourrait user de rétention*, et est la rétention *octroyé par le droit des Romains*, non pas pour appréhender, mais pour retenir de son autorité sans le juge, si la chose est en sa possession (1) »

3° Le droit de rétention qui assure au commodataire le remboursement des frais qu'il peut avoir faits pour la chose ou du préjudice que peuvent lui avoir causé les vices de celle-ci (2).

4° Le droit de rétention du dépositaire pour ses impenses (3).

1. *Sur la coutume de Nivernais*, ch. XXXII, art. 13 (Édition de 1703, t. I. p. 315). -- De même: *Coutume d'Orléans*, art. 445. — *Coutume de Blois*, art. 267.

2. Pothier, *Traité du prêt à usage*, n° 43.

3. Pothier, *Traité du dépôt*, n° 59.

5° Le droit de rétention du mandataire pour les frais de sa gestion (1);

6° Le droit de rétention de l'acheteur à réméré (2);

7° Le droit de rétention accordé à la femme sur les biens du mari pour lui garantir la restitution de sa dot;

8° Le droit de rétention reconnu aux procureurs sur les pièces et titres par eux fournis, pour la garantie de leurs frais de procédure.

Les ordonnances de Montil-les-Tours de 1453 (art. 43 et 44); de 1438 (art. 53); de Blois de 1507 (art. 114); d'Yssur-Thille de 1535 (chap. V, art. 8), défendent aux procureurs de retenir les lettres et titres des parties sous couleur de leurs dits honoraires. Mais ces ordonnances reconnaissent formellement aux procureurs le droit de retenir les titres par eux fournis pour la garantie de leurs frais de procédure (3).

Ces ordonnances, comme toutes les autres, n'avaient qu'un seul but : de remédier aux abus, dans l'espèce,

1. Pothier, *Traité du mandat*, n° 59, *in fine*.

2. Pothier, *Traité de la vente*, n° 434. Ces six cas d'application du droit de rétention sont, entre autres, ceux auxquels je voulais faire allusion quand je disais plus haut que les énumérations de Doneau, de Voët et de Pothier sur lesquelles M. Gabrye fonde son système sont très incomplètes.

3. Cuy Coquille, *Question* 197, citant un arrêt de 1547. — Papon *Arrêts notables*, CVI, tit. IV Vingt et un arrêts de novembre 1543 et du 23 juin 1575, cités par M. Gaultier, *Du Droit de rétention*, p. 60.

aux abus des procureurs qui retenaient les pièces de leurs clients, même celles qui leur avaient été fournies par ces derniers et pour lesquelles ils n'avaient eu aucun frais, pour se faire donner des honoraires considérables ;

9° L'article 372 de la Coutume d'Orléans accorde le droit de rétention au retrayé, dans le cas de retrait lignager :

« Celui qui retrait aucun héritage est tenu de payer les réparations et impenses nécessaires faites sans fraude par celui sur lequel il a été retrait, icelles préalablement liquidées. »

10° L'article 305 de la Coutume de Paris et l'article 306 de la Coutume d'Orléans le donnent au cohéritier pour les dépenses qu'il a faites sur l'immeuble dont il doit le rapport à la succession :

« Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. Et faisant ledit rapport en espèce, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation desdits héritages. Et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser lesdites impenses, en ce cas le donataire est tenu de rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps que division et partage

est fait entre eux, déduction faite desdites impenses. » Et Pothier commente ce texte en ajoutant : « Car le donataire a le droit de rétention pour lesdites impenses : c'est pourquoi, faute par ses cohéritiers de lui en offrir le remboursement, il ne sera obligé au rapport de l'héritage en nature, mais seulement à moins prendre (1). »

11° Au locataire, à raison des réparations qu'il peut avoir faites à la chose qui lui était louée. « Le conducteur peut user de rétention du louage pour les réparations nécessaires à faire ou faites du consentement dudit locateur en la maison où il demeure, sommation préalablement faite contre ledit locateur (2).

Le locataire avait aussi le droit de rétention pour les dommages-intérêts qui lui étaient dus lorsque le bail se trouvait résolu par suite de la vente de la chose louée et que l'acquéreur voulait l'expulser ; il fallait, pour qu'il pût user de ce droit, que son bail eût été passé par-devant notaire. C'est cette hypothèse que prévoit formellement l'article 1749 du Code civil (3) ;

1. Coutume d'Orléans, article 306.

2. *Coutume du Bourbonnais*, article 120. — Autres coutumes : Troyes, article 202. — Auxerre, article 152.

3. Claude Serres, *Instit. du dr. français*, liv. III, tit. XXV, § 6. — Cf. Pothier, *Du Louage*, 4^e partie, ch. I, n° 291.

12° Le créancier gagiste, pour les créances non expressément garanties par le gage, en vertu du rescrit Gordien applicable, nous l'avons vu, dans notre ancien droit ; pour les impenses nécessaires faites sur la chose, objet de son droit de gage (1).

Les règles déterminant l'exercice du droit de rétention par le possesseur à raison de ses impenses étaient, dans notre ancien droit, les mêmes qu'en droit romain : on distinguait selon la nature des impenses.

1° *Impenses nécessaires.* — Le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi jouissent du droit de rétention jusqu'au paiement de leurs impenses (2). Quelques coutumes exigeaient cependant que ces impenses aient été faites avec l'autorisation de la justice, dans le cas où le droit de rétention venait s'opposer à l'exercice d'un retrait, car la coutume favorisait autant que possible ces retraits destinés à faire rentrer un bien dans la famille de laquelle il était sorti.

2° *Impenses utiles.* — Le possesseur de bonne foi seul peut les retenir et seulement jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée au fonds (3). Et

1. V. Pothier, *Nantissement*, n^{os} 47 et 61.

2. Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. VI, chap. VIII. — Pothier, *Traité de la propriété*, n^{os} 344, 345 et 357.

3. Cujas, *Comment. ad. leg.*, 27, § 5 *de rei vindicatione*, t. VI. p. 290-294. En sens contraire, pense que le possesseur de mau-

en matière de retraits, la majorité des coutumes supprimait le droit de rétention, afin que la considération de réparation dont l'héritage eût put se passer ne détournât les lignagers de demander le retrait¹, dit Dumoulin (1). Quelques coutumes, cependant, donnaient la rétention même en cas de retraits (2).

3^o *Impenses voluptuaires*. — Le possesseur sans distinction n'a pas le droit de rétention ; ainsi qu'en droit romain il ne peut qu'enlever les travaux et à condition de ne pas détériorer le fonds.

Remarque. — La même question que nous avons résolue pour le droit romain se pose ici. Il se peut que le propriétaire demandeur ne puisse payer au rétenteur l'indemnité réclamée, parce que son état de fortune ne le lui permet pas.

Pothier nous dit que, dans ce cas, le propriétaire pouvait rentrer dans son héritage, en s'engageant

vaie foi aussi bien que le possesseur de bonne foi doit être remboursé de ses impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value. *Le juge, dit-il, doit préférer à la rigueur du droit l'équité qui ne permet pas que le propriétaire s'enrichisse aux dépens du possesseur même de mauvaise foi.*

1. En ce sens, Cout. d'Angoulême, article 79. *En retrait rembourser les dépenses nécessaires, non les autres*. — Cout. d'Anjou, article 378. — Cout. de Paris, article 146. — Cout. d'Orléans, article 372.

2. En ce sens, Cout. de Montargis, article 14. *Celui qui retrait aucun héritage est tenu de payer les réparations nécessaires et utiles, faites sans fraude par celui sur qui on retrait, icelles liquidées.*

envers le possesseur de lui servir une rente approchant de ce dont le revenu de l'héritage a été augmenté du fait de ces impenses. Cette rente était garantie par un privilège qui portait sur le fonds. « Ainsi, le propriétaire n'est point privé de son héritage faute de pouvoir rembourser les impenses, et il ne profite pas aux dépenses du possesseur de l'augmentation du revenu qu'elles ont causé à son héritage (1) » Le principe qui oblige le propriétaire à rembourser au possesseur de bonne foi les impenses utiles qu'il a faites sur la chose faisant l'objet de l'action en revendication reçoit une autre limitation : le propriétaire n'est tenu de rembourser au possesseur la somme qui lui est due pour ces impenses que déduction faite de la valeur des fruits perçus par celui-ci (Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, 2^e partie, ch. I, art. 6, n^o 349, p. 353).

II

De purement personnel qu'il était à Rome, le droit de rétention est devenu dans l'ancien droit opposable aux tiers (2).

1. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. I, 2^e partie, ch. I, article 6, n^o 347, p. 351.

2. Dumoulin, *Comment sur l'art. 128 de la Cout. de Paris*, tit. XI, n^o 16 et 17 : *Præfertur omnibus proprietariis et directis*

Cela s'explique par le fait que ces tiers sont au fond les ayants cause du débiteur, dont on retient la chose, et qu'on peut en principe leur opposer les mêmes exceptions qu'on pourrait opposer à leur auteur. Il en était autrement à Rome à cause du moyen, l'exception de dol, par lequel on faisait valoir la rétention : on ne pouvait l'opposer qu'à ceux des ayants cause du débiteur qui pouvaient être tenus d'un dol.

La rétention est donc devenue bien plus énergique qu'à Rome, mais elle n'accorde toujours ni droit de suite, ni droit de préférence ; elle reste strictement liée à la possession et elle ne peut plus produire d'effet lorsque cette possession, son élément essentiel, est perdue.

La rétention présente d'un autre côté moins d'utilité que dans le droit romain, ou dans certains cas c'était l'unique moyen pour le créancier d'obtenir son paiement. Au contraire, dans l'ancien droit, le rétenteur qui n'avait pas opposé son moyen, pouvait toujours par voie d'action poursuivre le paiement qui lui était dû : « En France, où les formules des actions sont abrogées et où l'on ne se rattache qu'à l'équité, il est indifférent quant aux remboursements des bâtiments

et utilibus, etiam hypothecariis, etiam hypotheca expressa nedum tacita. — Duparc Poullain, *Principes du dr. fr.*, liv. III, ch. XX sect. V, n° 159, t. VII, p. 298.

ou réparations que l'on soit en possession du fonds ou que l'on n'y soit plus, et on peut le demander directement et sans circuits (1). »

En dehors du mode d'extinction qui existait en droit romain, le droit de rétention cesse d'exister dans notre ancien droit lorsque le rétenteur n'a pas fait liquider sa créance dans le délai que le juge lui aura assigné suivant l'ordonnance de 1559, article 97, ou dans le délai qui aura été fixé (ordonn. de 1566) ou encore lorsque le débiteur aura offert une caution (ordonn. de 1667).

1. Cf. Serres, *Instit. du dr. fr.*, liv. II, tit. I, § 30, p. 39.

CHAPITRE III

LE DROIT DE RÉTENTION SOUS LA LÉGISLATION INTERMÉDIAIRE

Sous cette courte période, le droit de rétention continue à être régi par les anciennes coutumes ou ordonnances. Quelques lois cependant en parlent d'une manière formelle entre autres :

Le décret des 22 novembre, 1^{er} décembre 1790, relatif aux domaines nationaux, contient la disposition suivante dans son article 25 : « Aucun détenteur de biens domaniaux sujets à rachat ne *peut être dépossédé* sans avoir préalablement reçu ou été mis en demeure de recevoir sa finance principale avec ses accessoires. »

En matière de bail à domaine congéable, l'article 21 du décret des 30 mai, 7 juin et 6 août 1791, décret qui forme, aujourd'hui encore, la loi du bail à domaine congéable, porte ce qui suit : « *Le domanier ne pourra être expulsé* que préalablement il n'ait été remboursé, et à cet effet, le prisage sera toujours demandé six

mois avant l'expiration de la jouissance et fini dans ce délai ».

Enfin, l'article 1^{er} du décret des 28 septembre, 6 octobre 1791 sur l'expropriation porte que : « Le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent ; ainsi toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers, qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi ; et envers la nation qu'aux contributions publiques établies par le corps législatif, et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et *préalable indemnité.* »

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

I

Nous avons vu ce qu'était le droit de rétention à Rome et dans notre ancien droit et que si l'on découvrait les motifs de justice qui l'avaient fait accorder ; on ne pouvait trouver nulle part les règles précises, stables, auxquelles l'exercice devait en être subordonné. Cette absence de réglementation dans les législations antérieures se trouve encore dans notre Code civil de 1804.

C'est d'ailleurs un fait d'observation certaine que notre Code civil n'est pas une œuvre vraiment scientifique : les conceptions synthétiques, les théories juridiques constituées avec toute l'ampleur qu'il aurait été intéressant et utile de leur attribuer, y sont rares ; il a été rédigé par une commission de praticiens qui n'étaient que très peu hommes de doctrine, et si, sur certains points, il dépasse le niveau d'une simple

compilation de solutions d'espèces, et nous offre des systèmes vraiment juridiques, l'honneur en revient non pas à ses auteurs directs, mais à nos jurisconsultes de l'ancienne France, voire même aux juristes romains, qui avaient déjà élaboré sur ces points une théorie d'ensemble. Toutes les fois, en effet, que les rédacteurs de notre Code civil ont pu trouver, soit dans le droit romain, soit dans notre ancien droit, un système organisé sur une matière juridique donnée, ils se le sont approprié et l'ont transporté dans leur Code, se bornant à y apporter les quelques modifications que semblait nécessiter le nouvel état social de la France au début du xix^e siècle.

Et, à l'inverse, toutes les matières juridiques qui, en droit romain ou dans notre ancien droit, étaient encore à l'état inorganique, ont conservé ce caractère dans le Code de 1804. Cette idée trouve son entière vérification si l'on examine, entre autres questions, comme le Code civil traite celle du droit de rétention.

Le laconisme de notre Code est extrême sur le droit de rétention : tellement même que l'on pourrait, sans exagération, aller jusqu'à dire que bien loin de faire progresser la science juridique sur cette question, il l'a fait reculer par rapport à ce qu'elle était déjà : la conception que notre ancien droit s'est faite du droit de rétention se laisse apercevoir, et dans

les textes, et dans les commentaires des jurisconsultes : il aurait donc été facile aux rédacteurs du Code civil de la synthétiser en une doctrine cohérente.

Or, qu'ont-ils fait ? Ils se sont bornés dans quelques textes épars çà et là dans le Code, à nous dire que tel créancier, dans telle circonstance, peut invoquer le droit de rétention ; mais ils n'ont indiqué nulle part ce qu'était, selon eux, le droit de rétention, quels étaient sa nature spécifique et ses caractères, ses conditions d'existence et ses cas d'application.

Il y a là une grande lacune, et cette omission est d'autant plus inexplicable et regrettable à la fois que, reposant sur l'équité, base même du droit tant public que privé, le droit de rétention joué un rôle important dans la pratique, et que le défaut de théorie générale sur cette question pouvait et devait être la source de difficultés nombreuses.

Estimant qu'il est impossible de construire une théorie du droit de rétention en partant des quelques textes qui le mentionnent, je me bornerai, dans ce chapitre, à examiner les articles du Code civil et du Code de commerce dont les dispositions concernent expressément le droit de rétention.

A. — CAS DE RÉTENTION PRÉVUS PAR LE CODE CIVIL

1^o *Droit de rétention du propriétaire exproprié.* —

Dans l'ordre des textes du Code civil, la première hypothèse du droit de rétention prévue est celle qu'indique l'article 545 : *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, dit ce texte, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.*

Cette règle est reproduite par l'article 55 de la loi du 3 mai 1841, aux termes duquel *les indemnités réglées par le jury seront, préalablement à la prise de la possession, acquittées entre les mains des ayants droit.*

Quoique l'article 545 ne dit pas, *in terminis*, que le propriétaire exproprié peut opposer le droit de rétention à l'administration tant que celle-ci ne lui a pas versé l'indemnité fixée par le jury, la solution, néanmoins, ne fait aucun doute et elle n'a jamais été contestée ; elle est impliquée d'une manière formelle par la règle écrite au texte que l'indemnité doit être préalable à la dépossession.

Les motifs de ce droit de rétention créé par l'article 545 sont faciles à donner : la propriété est en principe inviolable, et si, dans l'intérêt supérieur de

l'utilité publique, les lois des différents États civilisés ont dû subordonner l'intérêt privé à l'intérêt public, et exiger que le citoyen soit privé de son bien en faveur de la collectivité des habitants, au moins faut-il qu'il soit préalablement indemnisé du préjudice que cette expropriation va lui causer.

Parfois, cependant, la nécessité a contraint le législateur à supprimer cette obligation de l'indemnité préalable et le droit de rétention qui en est la conséquence : c'est lorsque l'utilité publique exige non seulement que la propriété privée soit enlevée à son propriétaire, mais qu'elle le soit immédiatement, sans attendre les délais nécessaires pour la fixation de l'indemnité.

C'est ce qui arrivera lorsque l'urgence de l'expropriation aura été déclarée par décret du Président de la République ; mais cette urgence ne peut être proclamée que dans certains cas exceptionnels, par exemple pour les terrains non bâtis (1) ; au cas d'expropriation des propriétés nécessaires pour fortifications (2) ; en cas d'incendie, d'inondation, d'état de guerre, etc.

C'est ainsi encore qu'au cas d'occupation temporaire des terrains nécessaires à l'exécution de travaux

1. Articles 65 à 74 de la loi du 3 mai 1841.

2. Loi du 30 mars 1831 et article 76 de la loi du 3 mai 1841.

publics, soit pour en extraire ou y ramasser des matériaux, soit pour y fouiller ou pour y faire des dépôts de terre, soit pour tout autre objet relatif à l'exécution de travaux publics, civils ou militaires. L'occupation est autorisée par arrêté préfectoral, et le règlement de l'indemnité n'a lieu qu'à la fin de l'occupation ou à la fin de chaque campagne si les travaux doivent durer plusieurs années (1).

2° *Droit de rétention du spécificateur.* — Le second cas dans lequel le Code civil accorde le droit de rétention est prévu par l'article 570 : le spécificateur, c'est-à-dire celui qui a employé une matière qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, n'en devient pas propriétaire, mais il peut retenir cet objet qu'il a façonné jusqu'à ce que la main d'œuvre lui ait été remboursée par le propriétaire, et cela que la matière puisse ou non reprendre sa première forme ; la matière l'emporte sur l'industrie.

L'article 571 ajoute cependant que si la main-d'œuvre surpasse de beaucoup la valeur de la matière employée, l'ouvrier a le droit de retenir la chose travaillée en remboursant le prix de la matière au

1. Décret du 8 février 1868 et loi du 29 décembre 1892, articles 3 et 10.

propriétaire ; dans ce cas l'industrie est réputée la partie principale.

L'article 570 nous fournit un exemple frappant du droit de rétention, et montre bien sa base véritable, qui est l'équité. Il n'y a eu entre le propriétaire de la matière et l'ouvrier qui l'a travaillé aucune convention, et la loi décide que le propriétaire de la matière première restera propriétaire de l'objet qu'elle a servi à façonner : en droit pur, il pourrait donc le reprendre immédiatement, mais, comme il serait injuste qu'il bénéficiât du travail de l'artisan, la loi donne à celui-ci le droit de rétention pour contraindre le propriétaire à l'indemniser ;

3^o *Droit de rétention du cohéritier obligé au rapport en nature.* — La troisième hypothèse dans laquelle le Code civil accorde le droit de rétention est la suivante : un cohéritier doit rapporter un immeuble en nature à la succession de ses cohéritiers. Il a fait des impenses, des améliorations sur cet immeuble : l'article 867 lui donne le droit de retenir l'immeuble jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour ces impenses ou améliorations. L'origine de ce droit de rétention accordé au cohéritier donataire remonte à notre ancien droit : il était consacré par les articles 305 de la Coutume de Paris et 306 de la Coutume d'Orléans, qui décidaient que le

donataire n'était tenu de rapporter l'héritage en nature que si ses cohéritiers l'indemnisait de ses impenses et améliorations, et, dans le cas contraire, il ne devait le rapport qu'en moins prenant. Mais une sensible différence existe entre notre article 867 et nos anciennes coutumes : autrefois, le cohéritier qui n'avait pas usé de la rétention n'avait plus d'action pour se faire indemniser de ses dépenses : « L'enfant, dit Pothier, n'a que la voie de la rétention pour les impenses dont la succession doit lui faire raison (1). » Au contraire, dans notre droit actuel, les articles 861 et 862 donnent au donataire une action contre les héritiers, même après avoir livré l'immeuble sujet au rapport.

Mais pour quelles impenses l'héritier doit-il être indemnisé ?

Ici, il faut distinguer : les impenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation de la chose doivent lui être intégralement remboursées même si elles n'ont pas amélioré le fonds (art. 862) : les impenses utiles qui ont amélioré la chose doivent lui être remboursées également jusqu'à concurrence de la plus-value (art. 861), les impenses voluptuaires ne lui sont pas remboursées : le cohéritier jouit seule-

1. Pothier, annoté par Bugnet, *Des successions*, VIII, chap. IV, art. 2, § 7.

ment du *jus tollendi*, s'il peut enlever sans détériorer l'immeuble. Il n'a droit non plus à aucune indemnité pour les dépenses d'entretien qui sont des charges naturelles de la jouissance. Une controverse sur laquelle nous n'insisterons pas, parce qu'elle paraît un peu en dehors de notre sujet, s'est élevée sur la question de savoir à quel moment l'on devait se placer pour apprécier la plus-value prévue par l'article 861. Cet article dit que l'on doit se placer au moment du partage, et certains auteurs prenant le texte à la lettre veulent s'en tenir à cette décision (1). D'autres commentateurs, et non des moins illustres, trouvent ce système contraire aux principes et injuste, et pensent que, dans certains cas, la plus-value doit s'apprécier au moment de l'ouverture de la succession, car, disent ils, l'immeuble cesse d'appartenir à l'héritier astreint au rapport dès l'ouverture de la succession, et, de plus, si cette plus-value existant à cette époque n'existe plus au moment du partage, voilà un cohéritier qui ne sera pas indemnisé de ses impenses (2). Que ce dernier système soit plus

1. Demolombe, *Traité des successions*, t. XVI, n° 502. — Aubry et Rau, *Cours de droit civ. fr.*, t. VI, n° 634, p. 652. — Guillouard, *Du Droit de rétention*, n° 60, p. 364. — M. Planiol, t. III, n° 2284, p. 498.

2. Marcadé, *Explic. théor. et prat. du C. civ.*, t. III, n° 357, p. 274. — Demante, *Cours analyt. de Code Napoléon*, t. III, n° 197 bis. — Glasson, p. 112-113. — Dalloz, *Rép. succession*, chap. VII, sect. 1, art. 5, n° 1271.

équitable, cela paraît certain, il nous semble cependant difficile à l'admettre en présence d'un texte aussi précis que celui de l'article 861. Observons que le cohéritier donataire ne fait pas siens les fruits de l'immeuble donné depuis l'ouverture de la succession, l'article 856 l'obligeant à les rapporter depuis cette date : mais par analogie des articles 2081 et 2085 en matière de droit de rétention conventionnel, il les imputera sur les intérêts et sur le capital de sa créance pour impenses (1).

4° *Droit de rétention du vendeur et du co-échangiste.* — Indépendamment de l'action en résolution (art. 1184 et 1654) du privilège (art. 2102-4°) et du droit de revendication (art. 2102-4°) (2) qui lui sont conférés, le vendeur jouit encore, en vertu des articles 1612, 1613 du Code civil, du droit de rétention.

Mais le droit de rétention n'est pas accordé au vendeur, quel que soit le caractère de la vente qu'il a consentie : il faut distinguer selon que la vente a été conclue sans terme ou au contraire à terme.

S'agit-il d'une vente sans terme, alors le vendeur a toujours le droit de rétention : il a, en effet, dû

1. Demolombe, t. XVI, n° 504. — Gabryé, n° 117. — Glasson, p. 115. — Guillouard, p. 364.

2. Ce droit de revendication n'est pas accordé qu'au vendeur d'objets mobiliers.

compter sur l'exécution immédiate et bilatérale du contrat. Il retiendra donc la chose, à titre de garantie, le contrat restant intact, et attendra que l'acheteur vienne lui offrir le prix.

S'agit-il au contraire d'une vente à terme, alors, et cela résulte *a contrario* de l'article 1612, le vendeur n'a pas le droit de rétention : il a implicitement renoncé à son droit de rétention, en accordant un délai pour le paiement du prix. Il doit donc se dessaisir de la chose et attendre l'arrivée du terme pour demander le prix : *Fidem emptoris secutus est*.

Mais, il faut bien comprendre la portée de ce principe : d'une part il n'est vrai que pour le terme conventionnel : accordé par le vendeur lui même ; il ne saurait pas l'être au contraire pour le terme de grâce accordé par le juge à l'acheteur en vertu de l'article 1244. Dans l'hypothèse, en effet, où le débiteur bénéficie d'un terme de grâce, on ne peut plus dire que le vendeur a consenti à se dessaisir de la chose sans en recevoir le prix puisque le terme a été accordé à l'acheteur sans sa volonté : l'acheteur profitera donc du délai que le juge lui a concédé, mais il ne pourra obtenir la délivrance de la chose qu'en payant le prix convenu.

D'autre part, le principe que dans la vente à terme le vendeur ne peut pas invoquer le droit de rétention subit une exception dans un cas particulier :

celui où l'acheteur à qui un terme avait été concédé est tombé en faillite ou en déconfiture (art. 1613). Le vendeur n'a évidemment accordé un crédit à l'acheteur que parce qu'il espérait être payé à l'échéance et intégralement. La faillite ou la déconfiture lui enlèvent cet espoir; aussi la loi lui rend-elle la garantie à laquelle il avait spontanément renoncé, c'est-à-dire le droit de rétention.

Mais ici encore il faut préciser, il faut déterminer les limites de cette exception : la faillite ou la déconfiture de l'acheteur n'ont pour effet de faire renaître le droit de rétention dans une vente à terme que si elles sont survenues postérieurement à cette vente. Si, au contraire, elles étaient antérieures au contrat et connues du vendeur au moment où il a traité, le bénéfice du terme accordé aussi en pleine connaissance de cause resterait définitivement acquis à l'acheteur et le droit de rétention ne renaîtrait pas.

La faillite et la déconfiture de l'acheteur sont les seules causes qui autorisent le vendeur à terme à retenir la chose : une jurisprudence constante lui refuse cette faculté, quand il existe simplement des doutes, si sérieux qu'ils puissent être, sur la solvabilité de l'acheteur (1).

1. Voici, par exemple, une application intéressante : il a été jugé que le vendeur ne peut refuser la délivrance de la chose vendue sous prétexte que l'acheteur, par suite de la faillite

Dans les hypothèses où il peut être exercé, le droit de rétention, ne garantit pas seulement au vendeur le paiement du prix : il le prémunit encore contre l'inexécution de toute autre obligation contractée par l'acheteur. Par exemple, quand l'acheteur a promis de donner une sûreté particulière, caution, hypothèque, ou autre, le vendeur peut refuser la délivrance, même dans la vente à terme, si cette garantie ne lui est pas fournie.

Le fondement du droit de rétention aussi accordé au vendeur réside dans cette considération d'équité que vraisemblablement chacune des parties n'a entendu se lier que sous la condition que l'autre exécute sa propre obligation.

Il faut assimiler au vendeur non payé l'échangiste, qui pourrait, au cas de non délivrance du bien à lui promis, ou de non paiement de la soulte, se refuser à livrer le bien qu'il doit donner en échange. C'est là une application textuelle du droit de rétention, car, aux termes de l'article 1707, les règles de la vente s'appliquent à l'échange, et parmi ces règles figure celle des articles 1612 et 1613.

5° *Droit de rétention de l'acheteur à réméré.* —

d'une maison tierce, se trouverait comme endosseur de traites tirées et protestées de ladite maison exposé au recours des porteurs pour des sommes présumées hors de proportion avec ses ressources : Cass., 24 novembre 1869; D., 1870. I. 27.

Lorsqu'une chose a été vendue à réméré, le vendeur ne peut la reprendre que sous la condition préalable de rembourser à l'acheteur : 1^o le prix principal ; 2^o les frais et loyaux coûts de la vente ; 3^o les réparations nécessaires, car le vendeur les aurait faites lui-même s'il avait conservé la possession intérimaire de sa chose ; 4^o les impenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus value.

Il convient de remarquer cependant que si la plus-value résultant des dépenses utiles est considérable et que le vendeur ne puisse les payer, il n'est pas tenu de les rembourser ; autrement l'acheteur, par des dépenses excessives aurait pu indirectement enlever au vendeur la faculté de reprendre la chose. Dans ce cas l'acheteur n'a que le *jus tollendi* et sans détériorer la chose.

Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations, dit l'article 1673.

C'est reconnaître le droit de rétention à l'acheteur tant qu'il n'a pas été indemnisé. Il va sans dire que le vendeur n'est pas obligé de rembourser les dépenses voluptuaires ni celles d'entretien : ces dernières sont des charges de la jouissance. Le droit de rétention n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires et privilégiés antérieurs à la vente, sauf pour les impenses de l'acquéreur à réméré qui ont procuré à l'immeuble une plus-value, mais il l'est pleinement

aux créanciers hypothécaires et privilégiés postérieurs à la vente et aux créanciers chirographaires du vendeur à quelque époque que leur créance ait pris naissance.

Une difficulté s'est posée qui présente un intérêt spécial au point de vue du droit de rétention accordé à l'acheteur par l'article 1673. Elle provient de ce que les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir à quel moment l'acheteur, qui est propriétaire sous condition résolutoire, cesse de l'être lorsque le vendeur vient à exercer son droit de réméré.

Autrement dit, à quel moment la condition résolutoire qui affecte la vente s'accomplit elle? La solution à cette question est importante, car suivant l'instant où la vente sera résolue, l'acheteur aura un véritable droit de rétention, et nous trouverons dans cette hypothèse une application de notre sûreté, ou bien il ne fera qu'agir en qualité de propriétaire et c'est comme tel qu'il repoussera le vendeur.

Une première opinion subordonne au paiement des différentes sommes énumérées en l'article 1673, la résolution de la vente (1). « La vente avec pacte de rachat est une vente sous condition résolutoire

1. Glasson, p. 118. — Guillouard, n° 63, p. 367, 368. — Laurent, t. XXIX, n° 288, p. 325-326.

expresse : elle est résolue quand le vendeur use du rachat. Mais l'exercice du rachat est soumis à des conditions :

La résolution est conditionnelle en ce sens qu'elle est subordonnée à l'accomplissement des obligations que l'article 1673 impose au vendeur. Faute que ces obligations ne soient pas remplies, la résolution reste en suspens ; l'acquéreur est donc propriétaire conditionnel. Ainsi l'acquéreur a plus qu'un droit de rétention, il est propriétaire, et il ne peut être dépouillé de son droit de propriété que sous la condition que le prix lui soit restitué et qu'il soit indemnisé de ses impenses » (Laurent, t. XXIX, p. 325 et 326). Dans ce système, on doit décider que, tant qu'il n'est pas payé, l'acheteur peut repousser les créanciers hypothécaires du vendeur postérieurs à la vente et ses créanciers chirographaires, et qu'il peut leur opposer non pas seulement son droit de rétention, mais son droit de propriété : ces créanciers, en effet, n'ont droit que sur les biens de leur débiteur ; or, le bien en question est encore la propriété de l'acheteur et ne cessera de l'être que lorsque celui-ci aura été indemnisé.

« C'est le droit de propriété de l'acheteur qui tient en échec le droit du créancier hypothécaire, ce n'est pas le simple droit de rétention » (Laurent, p. 326). Et en effet, dans cette opinion, le droit de rétention

devient tout à fait inutile et c'est à tort que l'on voit dans l'article 1673 un droit de rétention légal. L'intérêt existe cependant, car si l'acheteur oppose son droit de propriété, nul doute qu'il ne puisse s'en prévaloir *erga omnes*.

Une seconde opinion que nous préférons en ce qui nous concerne, admet que le rachat est exercé et que la condition résolutoire est accomplie du moment que le vendeur déclare vouloir user de son droit et offre, par voie judiciaire ou autrement, le prix de vente et les autres charges du réméré (1). Dès que le vendeur a fait cette déclaration et se trouve en état de rembourser ce qu'il doit, la condition est accomplie et la vente résolue : sans doute il sera tenu de remplir ensuite les obligations prévues à l'article 1673, mais comme le fait remarquer Laurent, l'exécution de ces obligations ne constitue pas la condition, c'est plutôt la suite de l'accomplissement de la condition. L'acheteur cesse donc d'être propriétaire dès cet instant, et ce sera alors un véritable droit de rétention qu'il pourra opposer aux créanciers hypothécaires du vendeur et non plus un droit de propriété. Il en résultera que ceux-ci pourront saisir et faire vendre

1. En ce sens, Laurent, contrairement à l'opinion qu'il soutient plus tard, t. XXIV, n° 396. — Aubry et Rau, t. IV, § 357, p. 408. — Gabrye, n° 114.

sous réserve du droit de l'acheteur de ne se dessaisir qu'après avoir été désintéressé.

L'article 1673 vient grandement confirmer cette dernière opinion. La loi dit : « le vendeur ne peut entrer en possession », elle ne parle pas de propriété, dans l'opinion adverse, nous pouvons relever une contradiction : l'acheteur à réméré restant propriétaire jusqu'au paiement effectif de ce qui lui est dû, devrait pouvoir user de la revendication à titre de propriétaire lorsqu'il s'est imprudemment dessaisi de la chose et l'a livrée au vendeur. Cette conséquence n'est pas admise, son droit de propriété est effacé et M. Glisson déclare qu'il n'est plus qu'une simple chirographaire.

La jurisprudence de la Cour de cassation est dans le sens de la première opinion (Cass., 14 janvier 1870. S. 73. 1. 134.) La Cour de Pau s'est prononcée dans le même sens (Pau. 9 mars 1896. S. 96. 2. 68).

6^e *Droit de rétention du fermier ou locataire.* — Lorsque le bail a date certaine, la vente de la chose louée ne peut en principe porter atteinte au droit du fermier ou locataire. Toutefois, il y a exception au cas où le bailleur a réservé dans le contrat de bail la faculté pour le nouvel acquéreur d'expulser le preneur (art. 1743). Mais dans cette hypothèse, le preneur, fermier ou locataire, a droit à une indemnité : si celle-

ci a été fixée par convention, aucune difficulté n'existera, si non, c'est la loi elle-même qui établit le montant de cette indemnité (art. 1745-1747), et pour assurer le paiement de ces dommages-intérêts l'article 1749 accorde au fermier ou locataire, le droit de rétention sur la chose louée jusqu'à ce qu'il soit désintéressé, soit par le bailleur, soit par le nouvel acquéreur.

Remarquons en passant que nous nous trouvons dans une hypothèse où le droit de rétention est accordé sans qu'il y ait aucune connexité entre la créance du preneur et la chose qu'il est autorisé à retenir (1).

7° *Droit de rétention du dépositaire.* — La personne qui a fait le dépôt doit rembourser au dépositaire les impenses auxquelles ce dernier a procédé dans le but de conserver la chose déposée ; de plus, elle est tenue de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées ; et comme sûreté l'article 1948 autorise le dépositaire à retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison de ce dépôt.

Reste à examiner de quelles dépenses le dépositaire pourra demander le remboursement. Pour les

1. En ce sens : Gabrye, n° 68. — En sens contraire, Guillelouard, n° 64, p. 361. — Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1304.

dépenses nécessaires, il va de soi que le dépositaire jouira de son droit de rétention : il a même, en vertu de l'article 2102-3°, un privilège comme ayant fait des frais pour la conservation de la chose. Il en est de même des dépenses d'entretien : le dépositaire, en effet, ne jouit pas de la chose, et l'on ne peut dire par conséquent que ces dépenses sont charges de la jouissance ; mais dans ce cas il n'a pas, comme précédemment, de privilège, le privilège n'étant relatif qu'aux dépenses de la conservation. Pour les créances nées à raison de dommages causés par la chose déposée, ces créances sont évidemment comprises dans les expressions : « ce qui est dû au dépositaire à l'occasion du dépôt » et celui-ci aura encore le droit de rétention.

Mais les commentateurs ne s'accordent pas sur le point de savoir si la rétention doit être donnée pour les dépenses utiles, c'est-à-dire, celles qui ont amélioré la chose. Certains auteurs lui refusent tout droit en disant que le dépositaire n'a pas reçu mission d'améliorer l'objet de dépôt, qu'en le faisant il a excédé son mandat et que cette dépense doit demeurer à sa charge⁽¹⁾. Dans cette hypothèse j'accorderai volontiers le droit de rétention au dépositaire jusqu'à concur-

1. Glasson, p. 122. — Laurent, t. XXVII, n° 128. — V. égal. Dalloz, *Rép.*, x° *Rétentions*, n° 44. — Paris, 14 avril 1892. D. 1893. 2. 228.

rence de la plus-value. Cette solution, en effet, est plus conforme au principe général d'après lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et au texte de l'article 1948 qui accorde le droit de rétention pour ce qui est dû à l'occasion du dépôt ; or, les créances nées à raison des dépenses utiles faites sur l'objet déposé sont nées du dépôt. Le texte de l'article 1948 est général, et de plus cette solution doit être d'autant mieux admise que le dépositaire, loin de recueillir aucun profit de la chose, supporte une véritable charge dans le seul intérêt du déposant, et puisqu'il en est ainsi, y a-t-il lieu de se montrer aussi sévère vis-à-vis de lui (1).

8° *Droit de rétention du créancier gagiste.* — Il ne s'agit pas ici, bien entendu, du droit de rétention que le contrat de gage confère au créancier gagiste en garantie du remboursement de la créance pour laquelle le gage a été constitué. Il s'agit du droit de rétention conféré à ce même créancier en vertu de l'article 2082-2 du Code civil ainsi conçu : « S'il existait de la part du même débiteur envers le même créancier une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le paiement de la

1. Gabrye, n° 118. — Nicolas, n° 201. — Guillouard, n° 65. — Mourlon, *Ex. crit.*, t. II, n° 226. — Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 508. — Marcadé, *De la prescription*, n° 306.

première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde. »

Ce droit avait déjà été reconnu au créancier gagiste par le rescrit de Gordien. Il n'y a qu'une différence entre les deux législations : c'est que l'article 2082-2 exige que la seconde dette soit née postérieurement à la mise en gage, condition qui n'était pas nécessaire chez les Romains.

Certains auteurs ont voulu voir dans ce droit accordé au créancier gagiste un véritable droit de gage et garanti par conséquent par un privilège (1).

« Nous pensons, dit Pont, que le créancier acquiert pour la seconde créance un véritable gage avec tous les attributs qui lui sont propres, c'est-à-dire non seulement le droit de rétention vis-à-vis du débiteur, mais encore un droit de préférence sur les autres créanciers non privilégiés de ce dernier » (Pont, p. 665). L'on se base dans cette opinion sur les travaux préparatoires. Berlier, présentant au Corps législatif le titre du nantissement, disait entre autre dans l'exposé des motifs : « Le créancier a déjà pris un gage pour

1. Moulon, *Ex crit.*, t. II, n° 227, p. 695. — Pont, *Petits contrats*, t. II, nos 1198-1199. — Nicolás, n° 204.

une première dette ; s'il n'en demande pas pour une seconde dette qui devra être acquittée ou avant la première ou en même temps qu'elle, ce sera indubitablement parce qu'il aura considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre de l'une et de l'autre dette (1) ». Et le tribun Gary, soutenant devant le Corps législatif le même projet, qui venait d'être adopté par le Tribunal, disait : « Observons qu'il s'agit ici d'une dette contractée postérieurement à la mise en gage pour sûreté de la première. En exigeant ce gage, le créancier a montré qu'il ne se confiait pas à la personne de son débiteur, et la sûreté qu'il a prise une fois, il est censé l'avoir conservée pour la garantie de sa seconde créance (2) ». Il s'agit donc là, disent les partisans de ce système, d'un gage tacite, d'une affectation tacite et dans les mêmes conditions de la chose à la garantie de la deuxième créance. De plus, dit-on encore, les mots : *lors même qu'il n'y aurait aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde*, font ressortir que la loi a voulu simplement suppléer à l'affectation expresse du gage. C'est donc bien véritablement un gage tacite analogue au gage exprès qu'accorde la loi au créancier gagiste pour sa seconde créance.

1. Fenet, *Trav. prépar. du C. civ.*, t. XV, p. 208.

2. Fenet, *op. et loc. cit.*, p. 216.

Nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'il faut rejeter cette interprétation et décider que l'article 2082-2 ne confère au créancier qu'un simple droit de rétention. Cet article déclare en effet que *le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage* avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette : il n'y a là qu'un simple droit de rétention. L'article 2082 comprend une règle et une exception : la règle est que le créancier gagiste peut retenir la chose, objet du gage, jusqu'au complet paiement de la dette qu'elle garantit. L'exception est que, sous certaines conditions énumérées par le texte, il pourra le retenir jusqu'au paiement d'une autre dette : la règle parle de rétention, l'exception également.

D'ailleurs, la loi exige dans l'article 2074 pour la constitution du privilège du créancier gagiste la rédaction d'un acte public ou d'un acte sous seing privé dûment enregistré indiquant le montant de la somme due, afin que les tiers soient avertis de l'existence et de l'étendue du privilège. Comment admettre qu'après avoir imposé ces formalités pour l'établissement du gage conventionnel, elle n'en exige aucune pour établir un gage tacite ?

Quant aux arguments tirés des travaux préparatoires, bien que le sens des paroles prononcées par Berlier et Gary soit certain, on pourrait aussi bien les interpréter dans le sens de notre solution. Le

tribun Gary laisse même entendre plus loin dans son discours qu'il s'agit d'un simple droit de rétention. « N'est-il pas juste, dit-il, que le créancier autorisé à arrêter les biens du débiteur entre ses propres mains ou dans celles des tiers, puisse *retenir* jusqu'à son paiement ce qu'il a dans les siens » (Fenet, *op. cit.*, p. 216). De même, il n'y a rien à tirer contre notre solution des derniers mots de l'article 2082 : le mot *gage* en effet y est pris dans le sens de chose engagée. Enfin notre solution est plus conforme à l'origine historique de l'article 2082-2° qui a sa source dans le *rescrit Gordien*, dont la disposition ne conférait bien certainement au créancier-gagiste qu'un simple droit de rétention (1). Remarquons d'ailleurs que le droit de rétention qui est accordé par l'article 2082-2 au créancier, n'est pas seulement un droit de rétention fondé sur l'intention présumée des parties (car ici il n'y aurait souvent que le créancier qui aurait cette intention) mais un véritable droit de rétention légale et sans aucune connexité entre la créance et la chose retenue.

9° *Droit de rétention du créancier antichrésiste.* —
L'antichrèse est un contrat par lequel un débiteur

1. En ce sens : Gabrye, n° 110. — Aubry et Rau, t. IV, p. 711 — Laurent, t. XXVIII, n° 508. — Troplong, *Nantissement*, n° 465. — Guillouard, n° 157. — De Loynes, t. I, n° 110.

transfère à son créancier la possession de son immeuble, pour qu'il en perçoive les fruits ou revenus, à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû, jusqu'à parfait paiement.

L'antichrèse n'est pas un gage immobilier ; ou du moins elle n'est que la *mise en gage de revenus*. La façon dont la loi (art. 2071 et 2072) présente l'antichrèse comme une sûreté semblable au gage, et n'en différant que par la nature immobilière de son objet, est donc peu exacte. Toutefois si l'immeuble donné en antichrèse n'est pas affecté au paiement du principal de la dette, le créancier a un moyen indirect de se le faire payer : c'est le droit de rétention. Il peut refuser de restituer l'immeuble tant qu'il n'est pas payé, car l'article 2087 porte : *le débiteur ne peut avant l'entier acquittement de la dette réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse*.

10° *Droit de rétention de l'acheteur d'un objet mobilier perdu ou volé.* — Lorsqu'une chose a été perdue ou volée, si son possesseur l'a achetée dans une foire ou dans un marché, dans une vente publique ou chez un marchand vendant des choses pareilles, il ne sera tenu de restituer la chose au propriétaire originaire qu'autant que ce dernier lui aura remboursé le prix qu'elle lui a coûté ; jusque-là, l'acheteur est protégé par un droit de rétention (art. 2280). C'est là une

exception au principe posé dans l'article 2279-2, d'après lequel, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans contre son possesseur actuel, sauf le droit par celui-ci de recourir contre la personne qui lui a transmis la chose.

L'acheteur a également un droit de rétention jusqu'au remboursement du prix qu'il les a achetés, à l'encontre d'un bailleur qui voudrait revendiquer les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les conditions de l'alinéa 1 de l'article 2280 (loi du 11 juillet 1892) (1).

B. — CAS DE RÉTENTION PRÉVUS

PAR LE CODE DE COMMERCE

1^o *Droit de rétention du capitaine de navire.* —

Le droit de rétention appartient au capitaine de navire sur la cargaison qu'il a transporté pour lui garantir le

1. Avant 1892, il y avait controverse sur ce point. Il semblait naturel d'appliquer au bailleur par analogie l'article 2280 qui impose cette obligation au propriétaire d'un meuble perdu ou volé. Cependant la jurisprudence se prononçait en sens contraire (Cass., 10 juillet 1889. D. 90. 1. 392. S. 89. 1. 424). Cette jurisprudence rendait fort difficile sur les marchés les ventes des bestiaux appartenant à des fermiers ; les acheteurs craignaient la revendication du bailleur. Pour accorder une sûreté complète au commerce la loi du 11 juillet 1892 a ajouté un alinéa à l'article 2280 pour imposer au bailleur, qui revendique la chose, la condition du remboursement du prix.

paiement de son frêt : l'article 306 contient la disposition suivante : « Le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire faute de paiement de son frêt ; *il peut dans le temps de la décharge demander le dépôt en mains tierces jusqu'au paiement de son frêt.* »

Ce texte soulève d'assez vives controverses en doctrine ; deux systèmes sont en présence . dans un premier système (1), on soutient que le capitaine n'a pas le droit de rétention. En effet, l'article 306 dit formellement : « Le capitaine ne peut retenir... » Comment peut-on, dès lors, prétendre que celui-ci ait le droit de rétention ? Et, d'ailleurs, cette exclusion du droit de rétention se comprend fort bien : si le capitaine pouvait garder les marchandises dans son bateau, il serait à craindre qu'elles ne subissent des détériorations.

Malgré la grande autorité des auteurs qui ont adopté cette solution, il nous paraît que cet article ne fait que régler l'exercice du droit de rétention qu'il admet implicitement. Il interdit uniquement au capitaine de retenir sur son navire les marchandises qu'il a transportées, à cause, en effet, des risques qu'elles pourraient y courir, et parce qu'il est difficile de s'assurer, avant qu'elles ne soient débarquées, de l'état

1. En ce sens, Gabrye, n° 68. — Glasson, p. 160. — Lyon-Caen et Renault, t. VI, n^{os} 755, 977.

de ces marchandises ; mais rien n'empêcherait, à notre sens, le capitaine redoutant l'insolvabilité du destinataire, d'user de la rétention sur la cargaison débarquée, et ceci par l'intermédiaire d'un tiers, ordinairement par le moyen de magasins généraux. Il serait bien dur, en effet, de refuser la rétention dans le cas où les marchandises ont été transportées par mer, alors qu'elle est donnée au voiturier dans l'hypothèse absolument analogue du transport par terre. Si l'on nous objecte que pour exercer le droit de rétention la possession de la chose est nécessaire, nous répondrons que cette condition sera toujours réalisée du moment où la chose est possédée par un tiers au nom et pour le compte du créancier rétenteur. L'article 2076 du Code civil décide ainsi pour le gage et les articles 2075 et 2102-1 font des applications de cette idée.

La solution que nous adoptons trouve sa confirmation dans l'histoire ; dans notre ancien droit maritime, on accordait au capitaine un droit de rétention pur et simple sur la marchandise pour le paiement du fret. Ainsi dans *le Consulat de la mer* on lit : « Lorsqu'un patron ayant frété son navire à des marchands, arrive au lieu où l'on doit décharger, si entre lui et les marchands il n'a pas été convenu de jour déterminé ou de temps fixe auquel ces marchands dussent lui payer le fret, *le patron peut retenir toutes les mar-*

chandises et ne pas les laisser décharger, jusqu'à ce que les marchands lui aient garanti que le fret qu'ils lui ont promis lors de l'affrètement lui sera payé à un jour fixe (1). »

Ce texte permet donc au capitaine d'exercer le droit de rétention sur son navire même. Il y avait là une exagération, aussi l'ordonnance sur la marine de 1681 posa dans son article 25 la règle que reproduit à peu près aujourd'hui l'article 306 de notre Code de commerce : « Le maître, dit l'article 23, ne pourra retenir la marchandise dans son vaisseau faute de paiement de son fret ; mais il pourra, dans le temps de la décharge, s'opposer au transport ou la faire saisir même dans les allèges ou gabarres. » Valin, commentant ce texte, explique qu'il a eu uniquement pour but d'empêcher l'exercice du droit de rétention avant le débarquement, car dit-il : « Il serait absurde que le maître se fit payer de son fret avant d'avoir exhibé les marchandises... Il se pourrait que le maître, après avoir reçu son fret, ne délivrât pas les marchandises ou qu'elles fussent avariées par sa faute. Il est donc intéressant, pour celui à qui les marchandises sont adressées, qu'il ne paie pas le fret avant de les avoir sous les yeux (2). »

1. Pardessus, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, t. II, p. 291 et 292.

2. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine*, t. I, p. 665.

Le but et la portée de l'ordonnance de 1681 était donc d'empêcher l'exercice du droit de rétention avant le débarquement pour sauvegarder les droits du propriétaire des marchandises dont il aurait payé le fret, ou qu'il ne les reçoive avariées ; mais en permettre l'exercice aussitôt qu'elles auront quitté le navire, de manière que le capitaine soit assuré du paiement de son fret.

Les travaux préparatoires de l'article 306 montrent qu'il a été voté dans le même esprit : nous pouvons donc conclure qu'il est fait dans cet article une application des principes généraux sur le droit de rétention que les restrictions apportées à l'exercice de ce droit ont pour but de conserver, en même temps que les intérêts du capitaine, ceux du propriétaire de la marchandise (1).

2° Droit de rétention du vendeur. — *Pourront être retenues par le vendeur les marchandises par lui vendues qui ne seront pas délivrées au failli ou qui n'auront pas encore été expédiées soit à lui, soit à un tiers pour son compte* (art. 577).

En principe, les garanties accordées au vendeur sont les mêmes dans les ventes commerciales et dans

1. En ce sens, Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1309. — Aubry et Rau, t. III, § 256 bis, texte et note 2, p. 118. — Nicolas, n° 207. — Barry, *op. cit.*, p. 93-95 — Guillouard, n° 69.

les ventes civiles. Mais il arrive au cas de faillite de l'acheteur, que le privilège, l'action en résolution et l'action en revendication sont refusées au vendeur (art. 550 *in fine* 576, 578). Le vendeur est donc traité rigoureusement. Sur un point cependant, l'une de ces garanties, le droit de rétention, lui est maintenue : c'est lorsque, au moment où est rendu le jugement déclaratif de faillite, les marchandises sont encore entre les mains du vendeur. Celui-ci peut exercer le droit de rétention alors même qu'il aurait accordé un terme pour le paiement, car la faillite entraîne l'exigibilité des dettes à terme (art. 444 du C. de comm. ; art. 1613 du C. civ.). Cependant, même dans ce cas, le vendeur ne pourrait user de la rétention si l'acheteur donnait caution de payer.

Pour être absolument complet, je citerai encore les deux cas suivants d'application du droit de rétention que l'on rencontre dans des textes étrangers au Code civil et au Code de commerce.

La loi des 7 juin, 6 août 1791, article 21, accorde au domanier, quand le foncier exerce son droit de congédiement, le droit de rétention sur les édifices pour lesquels une indemnité lui est due. Il est alors comparable à un propriétaire qui subit une expropriation. Le même droit ne lui appartient pas, d'après la loi du 8 février 1897, quand il fait volontairement *expose* : le propriétaire du fonds jouit alors d'un délai de six

mois à compter de sa rentrée en jouissance (art. 5), ce qui suppose que le domanier quitte la tenue sans être payé. Son droit de rétention est alors remplacé par une autre garantie : un privilège sur le fonds (même art.).

La loi du 19 février 1889, relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurance confère au propriétaire-bailleur le droit de rétention sur l'indemnité due en cas de sinistre au locataire assuré et ce droit sera exercé pour le compte du bailleur par l'assureur du locataire, constitué ainsi par la loi dépositaire dans l'intérêt d'autrui : « En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre (art. 3-2).

Cette loi a été votée pour mettre fin à une situation qui, pour n'être qu'une régulière application des principes généraux de notre droit, n'en portait pas moins préjudice au propriétaire-bailleur.

On sait qu'aux termes des articles 1733 et 1734, le locataire subit vis-à-vis du bailleur ce qu'on appelle le risque locatif, c'est-à-dire le risque d'incendie : habituellement les locataires s'assurent contre ce

risque, aussi la question s'était-elle souvent posée de savoir à qui devait être attribuée l'indemnité d'assurance. *A priori*, la réponse ne pouvait être douteuse : seul l'assuré pouvait avoir droit à l'indemnité, puisqu'il avait seul traité avec la compagnie : relativement à ce contrat, le propriétaire de l'immeuble incendié était un tiers auquel l'assureur du risque locatif ne devait rien. Mais, en fait, cette indemnité devait revenir au bailleur à titre de dommages-intérêts ; en bonne logique il aurait donc fallu que le bailleur pût exercer, soit une action directe contre l'assureur de son locataire, soit tout au moins un droit de préférence sur l'indemnité représentant le risque locatif, pour le protéger contre le concours des autres créanciers du locataire. Or, en l'état ancien des textes, une jurisprudence constante décidait que ni l'une ni l'autre de ces deux solutions ne pouvaient être admises, de telle sorte que l'indemnité versée au locataire devenait le gage commun de tous ses créanciers et ceux-ci s'enrichissaient tandis que le propriétaire-bailleur était ruiné.

C'était, on le voit, à la fois absurde et injuste : la loi de 1889 a fait cesser cet état de chose de la manière la plus satisfaisante, car elle procure au propriétaire le moyen d'être payé avant les autres.

CHAPITRE II

L'ÉTAT ACTUEL DE LA DOCTRINE SUR LA QUESTION DE SAVOIR DANS QUELS CAS EXISTE LE DROIT DE RÉTENTION

La question capitale qui se pose ici est la suivante : est-il un principe général, une règle directrice sur laquelle repose le droit de rétention invoqué par une personne qui possède une chose à l'encontre de celle qui lui en réclame la restitution ? C'est ce qu'il nous faudra rechercher.

Plusieurs systèmes ont été proposés à cet égard. Nous devons les exposer et nous demander s'ils partent d'une idée juste, arrivent à déterminer le vrai fondement de droit de rétention et en conséquence lui assignent son domaine exact.

Premier système. — Le droit de rétention a sa source dans la loi : il n'existe donc que dans les cas où il est formellement accordé par un texte (1).

1. Laurent, *Droit civil*, t. XXIX, n° 284, p. 320. — Gabrye, *op. cit.*, n° 67, 68 et 69. — Pont, *Petits contrats* t. II, n° 1298, p. 714 et 715. — Mourlon, *Ex. crit.*, t. II, n° 231. — De Folle-

Ce système restrictif du droit de rétention est aussi le plus rigoureux, et l'on peut ramener à trois les arguments présentés par les auteurs qui s'en sont faits les soutiens.

Le Code civil, dit-on, ne mentionne nulle part le droit de rétention en termes généraux, il se borne à l'accorder dans certains cas seulement : ce silence est significatif. Si le législateur avait voulu en faire un droit général, il l'aurait dit comme il l'a dit par exemple pour le droit de résolution, sous-entendu dans les contrats synallagmatiques.

Le droit de rétention, allègue-t-on encore, engendre d'une manière indirecte, il est vrai, mais certaine cependant, une cause de préférence. Or, s'il est un principe incontesté dans notre droit, c'est l'égalité et le concours entre les divers créanciers d'un débiteur. La loi a bien établi des causes de préférence, les privilèges et les hypothèques (art. 2094) mais ce sont là des exceptions au principe général posé dans l'article 2093. Or, les exceptions sont de droit étroit et ne peuvent être étendues en dehors des textes.

Enfin, dit ce système, si l'on admet, d'accord en

ville, *Considérations sur l'acquisition ou la libération par l'effet du temps*, n° 55, p. 89-91, note 1. — Reverchon, *Conclusions devant la cour de Cassation* (*Revue pratique*, 1874, t. 1, p. 137, 138). — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du Nantissement des privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 231, p. 177.

cela avec la majorité des commentateurs, que la rétention est un droit réel, en conséquence opposable aux tiers, on doit forcément reconnaître qu'elle constitue un droit général, exceptionnel, et insusceptible d'extension par voie d'analogie (Pont, Mourlon).

Ce système a paru tellement rigoureux à certains de ses partisans, qu'ils ont cru devoir y apporter quelques restrictions.

Ainsi Mourlon arrive en invoquant l'article 1244 du Code civil qui est, dit-il, général à permettre au juge d'accorder dans quelques cas la rétention que la loi refuse, d'après lui, à des détenteurs de la chose d'autrui actionnés en revendication (1).

Un autre auteur, Larombière, fait découler en dehors des cas mentionnés par le Code, un droit de rétention de l'article 1184, qu'il accorde, en matière de contrats synallagmatiques, sur la chose faisant l'objet de la convention, à la partie qui a exécuté son obligation tant que l'autre partie n'a pas exécuté la sienne. « Aucune des parties ne peut être contrainte à exécuter son engagement avant que l'autre n'exécute le sien... et de là il suit que le retard de l'une des parties produit le bénéfice d'un terme en faveur de l'autre. Le bénéfice de ce terme aboutit à un droit de rétention, sorte d'exception de dol... Ce terme est

1. Mourlon, *op. cit.*, n° 231.

sous-entendu dans tout contrat synallagmatique, pourvu qu'il n'ait rien été prévu à cet égard, de même que la condition résolutoire y est sous entendue pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements (1). »

Deuxième système. — Le droit de rétention peut être étendu : il repose sur ce principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. On l'accordera donc dans tous les contrats synallagmatiques ou unilatéraux et dans les quasi-contrats, chaque fois qu'un lien contractuel ou quasi-contractuel existera entre les parties et qu'une somme sera due au créancier à raison de la chose qu'il détient (2).

« A notre avis, disent Aubry et Rau, il suffit pour justifier l'extension, par voie d'analogie du droit de rétention, comme aussi, d'un autre côté il est nécessaire pour l'autoriser que la détention se rattache à une convention ou tout au moins à un quasi-contrat et que la dette, connexe à la chose détenue ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat. »

Ce système, on le voit, est déjà sensiblement plus

1, Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, n° 37.

2. Ce système est admis par MM. Aubry et Rau : 5^e édition, t. III, § 256 bis, p. 189.

large que celui de Laurent. Tandis, en effet, que le jurisconsulte belge limite strictement le champ d'application aux hypothèses expressément prévues par le Code civil, Aubry et Rau accordent le droit de rétention à des créanciers que la loi ne mentionne pas :

1^o Au commodataire comme sanction des articles 1890 et 1891 ;

2^o Au mandataire et au gérant d'affaires ;

3^o Au mari qui a fait des impenses nécessaires sur les immeubles dotaux de sa femme.

En revanche avec cette double condition que posent Aubry et Rau, ils sont conduits à refuser le droit de rétention :

1^o Au possesseur de bonne ou de mauvaise foi qui a fait des impenses même nécessaires sur le sol d'autrui ;

2^o Au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué qui a fait des impenses sur cet immeuble et est obligé de le délaisser ou en est évincé ;

3^o A l'usufruitier qui a soldé des frais de grosses réparations ;

4^o A l'acquéreur d'un immeuble dotal condamné à l'abandonner à la suite de la résolution de la vente ;

5^o A l'héritier apparent condamné à délaisser la succession dont il a payé les dettes.

Le système d'Aubry et Rau est, en somme, encore

assez restrictif : il convient de noter toutefois que ces auteurs admettent *que le Juge* pourra accorder le droit de rétention au possesseur de bonne foi, là du moins où le propriétaire semble insolvable.

Troisième système. — On accorde dans cette opinion le droit de rétention par cela seul que le créancier invoque un rapport de créance né à raison même de la chose qu'il détient.

C'est la théorie du *debitum cum re junctum*, que nous avons déjà trouvée et discutée à Rome et dans notre ancien droit, et qui est généralement admise dans la doctrine (1) et dans la jurisprudence.

Deux principaux arguments sont mis en avant par les partisans de ce système :

Le droit français est fondé avant tout sur l'équité ; le droit de rétention est lui-même de droit naturel puisqu'il tend à faire prédominer cette idée de strict justice que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. C'est donc rentrer dans la loi et s'attacher à son esprit que d'étendre, au delà des textes, le droit de rétention et de l'admettre par analogie chaque fois que se rencontrera une connexité entre la créance et

1. Guillouard, *op. cit.*, n° 51, p. 352. — Glasson, *op. cit.*, p. 58. — Marcadé, *Explic. théor. et prat. du Code civ.*, t. II, n° 430 sur art. 555, p. 429. — Toullier, *Le Droit civil*, t. XIV, n° 327, p. 395. — Demolombe, t. IX, n° 682. — Huc, t. VII, n° 168 et s.

la chose retenue. Les textes du Code, continue-t-on, viennent à l'appui de cette théorie. On remarque en effet, que cette condition existe toujours là où le Code accorde expressément la rétention. Et d'ailleurs, ce n'est que dans les cas où le possesseur est vraiment créancier à raison de la chose qu'il détient qu'il serait injuste de l'obliger à la restituer sans qu'il ait reçu son paiement, car le principe général qui veut le maintien de l'égalité entre les créanciers recevrait une atteinte s'il était permis au détenteur de la chose de la retenir à raison d'une obligation quelconque dont le propriétaire serait tenu envers lui.

Et l'on ajoute que l'histoire et les textes mêmes du Code confirment cette théorie : le droit romain et l'ancien droit exigeaient déjà cette condition du *debitum cum re junctum* : le Code civil, il est vrai, n'en parle pas expressément, mais on peut déduire qu'il lui reconnaît la même importance que le droit romain et notre ancien droit, de ce fait que dans toutes les hypothèses d'application du droit de rétention prévues par les textes, *le debitum cum re junctum* existe, et d'autre part, dans certains articles, seule cette condition se trouve réalisée : il n'y a pas contrat ou quasi-contrat entre les parties, ainsi dans les articles 570 et 867.

Ce système est nettement plus large que celui d'Aubry et Rau : écartant cette condition du contrat

ou quasi-contrat entre les parties, il permet d'accorder la rétention non seulement à tous les créanciers auxquels Aubry et Rau le reconnaissent, mais encore à ceux à qui ils le refusaient : pour ne citer que les plus intéressants, au possesseur de bonne foi qui a fait des impenses sur le sol d'autrui, à l'héritier apparent qui a soldé le passif de la succession dont il est évincé, au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué.

CHAPITRE III

EXAMEN CRITIQUE DE LA DOCTRINE ENVISAGÉE EN ELLE-MÊME

J'ai exposé aussi fidèlement que possible, dans le chapitre précédent, la doctrine telle qu'elle se présente à l'heure actuelle en France, sur la question qui nous occupe.

Peut-on nier que cet état de la doctrine, bien loin d'être un état de systématisation, est, au contraire, un état de profonde anarchie et de confusion extrême ?

Je crois, en ce qui me concerne, que si la doctrine n'est pas encore parvenue à édifier une théorie scientifique du droit de rétention, c'est que dans ses différentes tentatives, elle a constamment suivi l'une ou l'autre des deux méthodes également défectueuses et qui devaient fatalement l'une et l'autre la condamner à l'impuissance : la méthode d'interprétation littérale, d'une part, ou la méthode d'interprétation logique, d'autre part.

Ceux qui, avec Laurent, ont pratiqué l'interprétation littérale, n'ont pu présenter qu'un système étriqué, mesquin, quoiqu'ils ont cependant dépassé les limites que leur assignait la méthode qu'ils suivaient. En effet, puisque ces auteurs considèrent que le droit réside dans la lettre des textes, pour être conséquents avec ce *postulatum*, ils auraient dû, quant au droit de rétention, se borner à citer les cas où d'après le Code civil il peut être invoqué ; mais il leur était interdit de préciser la nature et les effets de ce droit, puisque sur ces deux points notre Code est absolument muet ; ils l'ont fait cependant pour tirer des arguments au profit de leur théorie restrictive ; mais alors n'est-on pas en droit de leur objecter que les règles qu'ils posent ne peuvent valoir que comme conceptions purement subjectives de leur part ?

Ceux qui, au contraire, appliquent la méthode d'interprétation logique, ont pu construire un système du droit de rétention plus large que celui de Laurent ; mais, à y regarder de près, on s'aperçoit qu'il n'a pas un fondement plus solide. La méthode d'interprétation logique cherche la règle du droit non plus dans la lettre d'un texte, mais dans l'intention du législateur. Mais pour qu'un tel procédé ait un caractère scientifique il faut, de toute nécessité, que l'intention du législateur sur la question que l'on

étudie soit exactement connue, sinon chaque auteur pourra prêter au législateur telle intention qu'il voudra et le système qu'il construira ainsi, bien loin d'être le système légal, sera le système de cet auteur. C'est précisément, je crois, la mésaventure qui est arrivée aux auteurs qui ont suivi le procédé logique pour édifier une théorie du droit de rétention : de tout temps tout a été controversé sur ce droit ; les rédacteurs du Code civil, en se bornant à le mentionner dans quelques textes, ne nous laissent pas saisir la conception qu'ils s'en sont faite, c'est dès lors une entreprise chimérique que de vouloir exposer cette conception.

Et alors tous les systèmes du droit de rétention fondés sur l'interprétation logique doivent, il me semble, être repoussés pour la même raison que le système de Laurent fondé sur l'interprétation littérale, car ces systèmes ne constituent que des affirmations subjectives dénuées de bases réelles.

Par là même que la cause de l'échec de la doctrine réside dans la méthode employée, ne voit-on pas que cette cause porte en elle-même le remède ? On peut espérer, en effet, que l'application d'une méthode plus scientifique conduira à la solution du problème.

Cette méthode, c'est la méthode d'interprétation positive dont les principes directeurs sont les suivants :

Puisque le droit, dans chaque hypothèse, doit se déduire du but social à réaliser dans l'hypothèse envisagée, la première opération sera de déterminer le but social auquel on doit donner satisfaction : ce sera l'œuvre de la libre recherche scientifique qui se place ainsi à la base de tout travail d'interprétation.

Une fois en possession du but social propre à l'hypothèse qu'il traite, l'interprète devra rechercher quelle est, dans les règles de droit déjà élaborées, celle qui envisage précisément et réalise ce but social.

Pour découvrir la règle de droit qu'il conviendra d'appliquer à l'hypothèse que l'on veut résoudre, on se référera d'abord aux textes de loi, les Codes apparemment en effet, dans la conception positiviste, comme un véritable catalogue des buts sociaux avec, pour chacun, la règle propre à le réaliser.

Puis, on pourra découvrir immédiatement le texte dont on a besoin : il suffira alors de l'appliquer purement et simplement. Mais, bien souvent aussi, le seul examen d'un texte ne révélera pas exactement le but social que le législateur a voulu satisfaire dans ce texte : il faudra donc le déterminer avec précision.

Un texte de loi peut toujours être considéré comme l'aboutissant de tout un mouvement d'idées ; pour

arriver au but social que l'on recherche, il faudra donc étudier ces idées que le texte veut traduire ; on les trouvera manifestées dans les divers éléments d'expression du droit, c'est-à-dire dans l'histoire et les traditions, les usages, les travaux préparatoires, la jurisprudence et la doctrine.

On parviendra ainsi à la connaissance du but social que veut réaliser le texte que l'on étudie, et qui se trouvait masqué en quelque sorte par le langage imprécis du législateur ; si ce but est compatible avec celui que l'on a construit pour l'hypothèse à résoudre, c'est que le texte étudié convient à cette hypothèse : il suffira donc de l'appliquer.

Telle est, dans ses grandes lignes, la méthode positive d'interprétation : elle est bien positive en ce qu'elle part du fait lui-même pour parvenir à la règle de droit qui lui convient, et elle tire aussi de là, à mes yeux, son caractère scientifique ; elle a, en effet, une base certaine et solide ; la réalité telle qu'elle se présente à nous.

Si l'on envisage maintenant la méthode positive au point de vue pratique, il est facile, ce me semble, de montrer qu'elle seule permettra au droit de réaliser sa fin sociale.

Le droit, dans sa notion la plus large, a pour objet d'indiquer les suites qui conviennent aux situations de fait que la vie présente, de réglementer les rap-

ports des hommes de telle sorte que l'équilibre se trouve toujours réalisé entre les intérêts concurrents à un moment donné de l'existence de la société (1). La condition essentielle à la réalisation de cet objectif est que le droit soit d'une grande souplesse : il doit être susceptible d'évoluer, de se modifier quand les besoins sociaux viennent à changer ; la méthode positive présente précisément cet avantage d'assurer au droit toute la progressivité qui lui est indispensable, puisqu'elle le maintient en corrélation constante avec les réalités mêmes auxquelles il doit pourvoir.

Mais une objection semble se dresser ici : peut-être dira-t-on : « Si la méthode positive d'interprétation consiste à ne chercher le droit que dans les réalités, comme celles-ci sont essentiellement changeantes, le droit n'existe plus en tant que science constituée : tout est incertitude, il n'y a plus de règles établies et on ne pourra jamais savoir à l'avance comment se résoudra un rapport donné. Or, la société ne se peut accommoder d'un semblable état de choses : la vie sociale exige pour s'organiser un cadre fixe constitué par des règles précises. »

L'objection est facile à écarter : la méthode positive

1. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, p. 17.

ne méconnaît nullement le caractère obligatoire de la loi, elle la maintient toujours comme règle fondamentale de solution juridique.

Toutes les fois, en effet, qu'il est possible de discerner exactement le but social que le législateur a consacré dans une hypothèse donnée, il faut admettre ce but quand cette hypothèse vient à se présenter, et cela alors même qu'il apparaîtrait en raison que ce but s'est modifié, alors même que des changements se seraient produits dans les réalités.

Mais ce respect du but révélé par la loi ne s'oppose nullement au progrès du droit par l'interprétation : c'est un fait d'observation courante que la jurisprudence se modifie sans cesse non seulement dans les matières que la loi n'a pas encore réglementées, mais même dans celles qu'elle a déjà traitées.

Je n'en veux qu'un seul exemple : Portalis, dont l'esprit anime tout le Code civil, définissait l'assurance sur la vie « un pacte odieux où la cupidité qui spéculé sur les jours du citoyen est voisine du crime qui peut les abréger ». La loi ne pouvait assurément songer à favoriser le développement d'une telle convention ; bien plus, strictement interprétée, elle aurait pu l'empêcher. Lorsqu'un mari contracte une assurance en cas de décès au profit de sa femme, quelle est la nature de cette opération juridique ? Une stipulation pour autrui ; or, la stipulation pour autrui

est, en principe, interdite par le Code civil (art. 1119).

Cependant, au cours du XIX^e siècle, l'assurance sur la vie, acte légitime de prévoyance, est devenue un contrat usuel soumis à un ensemble de règles juridiques couramment pratiquées. Mais ses règles avaient été progressivement établies par la jurisprudence.

Le législateur est intervenu, un siècle après le Code, pour donner à l'assurance sur la vie une réglementation adéquate : il a pris à la jurisprudence son système. La défense de stipuler pour autrui est aujourd'hui une formule vide de sens ; elle exprime, très exactement le contraire de la vérité pratique.

Et quelle est la méthode qui a permis à la jurisprudence de passer un coup d'éponge sur l'article 1119 du Code civil, dans le but de satisfaire à des nécessités autrefois inconnues ?

C'est évidemment pas la méthode d'interprétation logique qui permet de justifier scientifiquement la force obligatoire que l'on veut attribuer aux solutions nouvelles de la jurisprudence ; le recours à la pensée du législateur ancien n'est qu'une fiction ; l'intention qu'il a exprimée autrefois est immuable, on ne saurait sans arbitraire lui en prêter une autre.

C'est la méthode positive et elle seule qui permet, sinon de justifier, du moins d'excuser les décisions assez nombreuses de la jurisprudence qui constituent d'évidentes violations de la loi. Si la jurisprudence

s'est décidée, sur une espèce donnée, à violer la loi, c'est qu'elle a considéré que, dans cette espèce, il serait plus dangereux de laisser sacrifier le but social qu'elle implique que de violer la loi qui n'a pas réalisé ce but.

CHAPITRE IV

FONDEMENT JURIDIQUE ET CONDITIONS D'EXISTENCE DU DROIT DE RÉTENTION

Comment le problème du droit de rétention se pose-t-il dans la théorie du crédit ?

La situation de fait est la suivante : Primus est créancier de Secundus et celui-ci refuse d'exécuter son obligation. Or, Primus a en sa possession un bien appartenant à Secundus ; il prétend le retenir jusqu'à ce qu'il ait reçu le montant intégral de ce qui lui est dû.

Donc, nous sommes en présence d'un « fait de rétention », deux questions se posent : ce fait est-il légitime ; quels sont les pouvoirs du juge par rapport à ce fait ?

La première question je l'ai déjà examinée et tranchée en étudiant le droit romain et l'ancien droit ; je me borne ici à dire que, de ce que toutes les législations étrangères consacrent le fait de rétention et y attachent des conséquences juridiques, il résulte que ce fait est

propre à réaliser un but social, celui de sécurité, et qu'il doit être considéré comme légitime (1).

Mais, alors, quels sont les pouvoirs du juge par rapport à ce fait ?

La rétention trouve son fondement dans une considération d'équité ; elle doit par conséquence être reconnue au possesseur chaque fois que l'exigera l'équité. Car qui donc peut prétendre assigner des limites à l'équité ? Elle varie suivant les circonstances, suivant les hypothèses sur lesquelles le juge peut avoir à statuer : ce qui est la justice dans un cas peut ne pas l'être dans un cas analogue. N'est-ce pas ce que tous les jours, dans un autre ordre d'idées, nous montre le jury ? Aujourd'hui il acquitte un accusé, demain il en condamne un autre ; ils ont cependant commis le même crime. Mais il a fallu tenir compte des considé-

1. Les législations étrangères qui, dans la question du droit de rétention, se sont bornées à imiter le Code civil français sont pour ne citer que les plus intéressantes, celles de l'Italie, de la Hollande et de la Roumanie.

Les législations qui se sont séparées du Code civil français sont, celles de l'Égypte, du Japon, de Suisse et de l'Allemagne.

La législation autrichienne constitue un type isolé, unique on peut dire : L'article 471 du Code civil est la négation de tout droit de rétention légal. Il n'est pas impossible, cependant, de trouver dans la législation autrichienne certains textes spéciaux qui accordent ce droit à certains créanciers. C'est ainsi l'article 313 du Code de commerce qui le reconnaît aux commerçants et négociants, l'article 3 de la loi du 28 octobre 1865 qui l'accorde aux institutions de crédit autorisées.

rations extérieures, des mobiles certains qui ont pu influencer sur les accusés et atténuer ou bien, au contraire, augmenter leur responsabilité ; dans les deux cas le jury fait une application distributive de l'équité. Et ce que fait le jury, pourquoi serait-il interdit de le faire au juge civil, habitué aux problèmes juridiques ? L'équité n'a pas de bornes, et on ne peut pas demander au législateur de prévoir et de régler conformément à la justice toutes les relations sociales pouvant donner lieu à un débat judiciaire.

S'il en est ainsi, le devoir du juge sera le suivant : chaque fois qu'un texte de loi accorde le droit de rétention, il est obligé de reconnaître ce droit au possesseur ; dans les cas où le texte fait défaut, le juge ne doit s'inspirer que de l'équité. Il accordera donc ou refusera le droit de rétention suivant les circonstances, sans avoir à rechercher ni à distinguer s'il y a connexité entre la créance et la chose ; il y a des cas, en effet, où malgré l'existence de la connexité, l'équité pourrait ne pas exiger la reconnaissance d'un droit de rétention, comme cela serait susceptible de se produire dans l'hypothèse d'un possesseur de mauvaise foi.

D'autre part, il arrivera souvent qu'un créancier se trouvera en possession d'un bien appartenant à son débiteur sans qu'il y ait connexité entre sa créance et ce bien ; or, il m'est absolument impossible d'aperce-

voir en quoi il est contraire à l'équité d'accorder le droit de rétention au créancier si, dans cette hypothèse, le débiteur refuse de s'acquitter de son obligation. C'est ce refus, et lui seul, qui fait naître du fait de rétention le droit de rétention et, à ce point de vue, l'équité n'exige nullement que la créance que ce droit doit garantir soit née à l'occasion de la chose retenue.

Supposons, par exemple, que Primus qui occupe un appartement à raison de 150 francs par mois, paie le premier, le second et le troisième mois. Une fois en possession de la quittance du loyer, il demande au patron de l'hôtel un emprunt de 300 francs.

Quelques jours après Primus donne congé, et veut enlever ses bagages sans payer la somme qu'on lui a prêtée.

Peut-on ne pas garantir le paiement de la créance de l'hôtelier par la rétention, quoique dans ce cas elle ne résulte ni de frais de nourriture ni de frais de logement ?

Peut-on, sans commettre une iniquité, permettre à ce locataire qui a donné d'une main et a pris de l'autre, de prendre ses bagages et s'en aller, laissant derrière lui le patron de l'hôtel à la merci de sa mauvaise foi et de son insolvabilité ?

L'article 1134 du Code civil déclare que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (ce mot

convention devant être pris, remarquons-le, dans un sens tout à fait large) prouve, que le juge doit combiner les règles du droit avec celles de l'équité, afin de faire triompher celle-ci si aucun texte ne s'y oppose.

A toutes ces considérations qui militent en faveur de notre théorie, on objectera sans doute qu'il est peu probable qu'un pouvoir aussi étendu ait été reconnu au juge qui pourrait en user arbitrairement.

A cet argument, je réponds que ce point de vue serait acceptable dans un État organisé suivant le type idéal, c'est-à-dire où l'organe législatif serait apte à faire des lois absolument claires, absolument précises, absolument complètes, où la « géométrie » légale contiendrait virtuellement dans ses théorèmes la solution mathématiquement exacte de tous les cas particuliers, où le législateur enfin, par un travail de retouche incessamment renouvelé sur toutes les parties du droit consacré, assurerait la mise au point immédiate des textes sur les faits.

... Mais comme l'organe législatif ne remplit jamais, et ne peut pas remplir dans l'intégrité parfaite de sa définition théorique, de sa conception rationnelle, la fonction de créer les règles du droit, et que cette fonction doit être cependant remplie, le juge doit intervenir et il faut laisser un peu la porte ouverte à l'imprévu, car autrement on risquerait de se tromper et d'aller précisément à l'encontre des règles d'équité.

On objecte encore que, dans ce système, le juge pourra conférer à son gré une cause de préférence au possesseur ; or, d'après l'article 2094, les causes de préférence sont les privilèges et les hypothèques ; il ne doit point y en avoir d'autres, l'article précité étant essentiellement limitatif.

Ceux qui raisonnent de la sorte font une confusion. Oui, il n'y a pas de droit de préférence sur le prix en dehors des privilèges et des hypothèques, mais le droit de rétention n'est pas un droit de préférence sur le prix. C'est sur la chose elle-même qu'il porte, c'est sur elle seule qu'il s'exerce.

Celui qui a un privilège sur un immeuble peut poursuivre sa chose en quelques mains qu'elle soit ; il peut la faire vendre lorsque sa créance est échue et sur le prix de sa vente il passera en premier lieu et sauf le cas d'existence d'autres privilèges sur la même chose, sans avoir à s'occuper des autres créanciers. C'est donc là un droit très puissant, et l'on comprend dès lors que la loi ait tenu à limiter les cas où il est permis de s'en prévaloir.

Il n'en est point ainsi du droit de rétention : si le rétenteur fait vendre lui-même, il ne viendra qu'au marc le franc et en concurrence avec les autres créanciers, car en aliénant il renonce tacitement à sa garantie. Mais, poursuivie par tout autre que par lui, par un créancier ou par le débiteur lui-même, la vente ne

pourra lui être opposée, et on ne pourra le forcer à se dessaisir de la chose, qu'autant qu'il aura été intégralement payé par prélèvement sur le prix d'adjudication.

En toute circonstance, l'unique supériorité du rétenteur est la faculté de conserver le bien de son débiteur tant qu'il n'est pas désintéressé; il aura donc indirectement un droit de préférence qui lui permettra de primer les autres créanciers; mais je ne vois là qu'un avantage très légitime accordé à la possession: *In pari causa, melior est causa possidentis*, et le principe de l'égalité entre créanciers n'est pas plus détruit par cet avantage, où si l'on veut il l'est autant, que par les nombreuses dérogations possibles et licites qui y font souvent échec.

Que l'on ne vienne donc plus prétendre que rétention et privilège sont synonymes si leurs effets sont différents: comparer la rétention au privilège, c'est confondre et identifier deux institutions, qui bien qu'aboutissant parfois au même résultat n'en sont pas moins dissemblables tant au point de vue des conditions d'existence que des modes de conservation et du but immédiat.

Je ne crois pas non plus fondé le motif tiré de ce que le droit de rétention étant ordinairement reconnu réel, il faut de toute nécessité un texte pour l'accorder.

Certes, une partie de la doctrine explique l'opposi-

bilité du droit de rétention par le fait que c'est un droit réel. « Il présente les caractères, dit M. Guillaouard, et doit produire les effets », et conséquent à sa doctrine, l'auteur reconnaît au rétenteur les actions réelles (1).

On invoque d'abord, dans cette doctrine, la tradition historique. La rétention était considérée dans l'ancien droit français comme un droit réel ; les anciens auteurs : Dumoulin et Claude Serres, emploient à cet égard des expressions formelles. Le législateur de 1804 a conservé la même conception de ce droit, cela est prouvé par les expressions que les rapporteurs Réal et Favard ont employées en parlant du droit de rétention prévu par l'article 1948 ; l'un a dit que le dépôt sert de gage aux créanciers dont il est la cause (2) ; l'autre que le dépositaire a un véritable privilège (3). A cet argument, M. Planiol a répondu avec beaucoup de raison que « si la tradition a un certain poids quand il s'agit d'établir l'existence ancienne d'une règle positive du droit, elle n'en a aucun pour une conception doctrinale sur laquelle les

1. Guillaouard, *op. cit.*, n^{os} 100-102. Entre autres auteurs qui se prononcent pour la réalité du droit de rétention : Gabrye n^{os} 74 et 75. — Glasson, n^{os} 35 à 46. — Pont, *op. cit.*, n^o 1292. — Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*, t. I, n^o 257.

2. Réal, *Exposé des motifs au Corps législatif*. Fenet, t. XIV, p. 507.

3. Favard, *Discours au Corps législatif*. Fenet, t. XIV, p. 517.

anciens ont pu se tromper aussi bien que nous » (1).

En examinant les textes dont il s'agit, j'ai pensé que la portée qu'il faut attribuer à ces expressions est que la rétention était devenue opposable aux tiers.

C'est dans le même sens qu'il faut interpréter les termes de Réal et Favard ; il est d'ailleurs certain, qu'il n'y a ni gage, ni privilège, dans le droit de rétention.

On invoque ensuite des arguments de texte : l'article 446 du Code de commerce, qui considère le droit de rétention résultant de l'antichrèse comme un droit de gage, donc comme un droit réel. L'article 2 de la loi du 23 mars 1855 exige la transcription des actes constitutifs d'antichrèse, comme des droits réels. Cette analogie avec le droit d'antichrèse doit être écartée, car ce droit n'est pas un simple droit de rétention, mais un droit réel particulier.

L'article 1749 qui accorde la rétention au preneur non seulement contre le propriétaire, mais aussi contre le nouvel acquéreur : « Ce texte, dit M. Guillouard, fournit la preuve décisive, à notre avis, du caractère de réalité du droit de rétention, car il n'y a aucun lien de droit entre le preneur et le nouvel acquéreur, et ce n'est qu'à raison du droit qu'il a

1. M. Planiol, *op. cit.* t. II, n° 2536.

sur la chose, de son *jus in re*, que le rétenteur peut invoquer sa possession contre l'acquéreur qui est un étranger pour lui. » A cela nous répondons, que ce n'est nullement un droit de rétention qui naît contre l'ancien propriétaire, qui devient opposable à l'acquéreur, son ayant cause à titre particulier, mais un droit de rétention qui naît directement contre l'acquéreur.

En effet, pour que le rétenteur exerce la rétention contre l'acquéreur, il faut supposer qu'il n'a pas été troublé par l'ancien propriétaire, mais que c'est l'acquéreur qui, depuis l'achat, le trouble. Or alors, l'acquéreur apparaît lui-même comme voulant causer par son trouble un préjudice au preneur, chose qui explique pourquoi la rétention lui est opposable.

Tous les arguments invoqués dans cette doctrine ne prouvent, à mon avis, qu'une chose : que le droit de rétention est opposable aux tiers ; ce que nous admettons, car autrement la rétention ne conférerait plus qu'un avantage dérisoire au créancier.

Le débiteur qui ne pourrait pas déposséder lui-même le créancier rétenteur, n'aurait qu'à consentir des droits réels sur le bien retenu à d'autres personnes, pour rendre la rétention absolument inefficace.

Faut-il conclure de là que la rétention est un droit réel ?

On s'est fondé, en invoquant la définition que

MM. Aubry et Rau donnent des droits réels et personnels : « Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre la chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise, d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même, susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous. Les droits personnels proprement dits sont ceux qui, se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont de leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée et contre ceux qui sont tenus de ses engagements (1). »

Il faut seulement tenir compte des restrictions qui sont indiquées dans ces définitions, car s'il est vrai que tous les droits réels sont opposables, le contraire n'est nécessairement pas vrai : l'opposabilité n'est qu'un des caractères des droits réels et ce caractère ne leur est pas propre ; un droit peut ne pas être réel et être néanmoins opposable, tel est le droit du preneur dans le contrat du louage.

Les droits réels sont des droits absolus, qui, attachés à la chose, les suivent partout. Ils peuvent être invoqués aussi bien sous la forme d'une action que sous la forme d'une exception.

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, § 172, p. 49-50.

Or, le droit de rétention ne peut être invoqué que sous la forme d'une exception, on ne peut pas s'en prévaloir par voie d'action. On reconnaît généralement que le droit de rétention se perd avec la détention de la chose retenue, qu'il n'engendre donc pas un droit de suite.

Aussi la rétention ne peut certainement pas être qualifiée de droit réel.

Le droit de rétention, à notre avis, garde le même caractère qu'en droit romain : c'est une exception fondée sur le dol qu'on peut imputer à tout demandeur qui s'enrichit aux dépens du rétenteur ou qui dans tous les cas lui cause un préjudice en usant d'un droit que son auteur n'a pas pu lui transmettre.

Pour expliquer comment le droit de rétention est opposable, on doit d'abord remarquer que ces tiers auxquels le rétenteur oppose son droit, ne sont pas des tiers proprement dits, personnes absolument étrangères aux parties, mais sont les ayants cause du débiteur : créanciers ou acquéreurs d'un droit réel sur la chose retenue.

Il se peut néanmoins que le rétenteur se trouve en présence d'un vrai tiers ; il n'est pas difficile de voir alors que celui-ci se trouvant tenu de désintéresser le rétenteur par suite d'un enrichissement sans cause, le détenteur peut lui opposer son droit de rétention, car il a contre lui directement, par la loi, une action.

Aux créanciers chirographaires, le droit de rétention est opposable au même titre qu'aux ayants cause à titre universel. Ces créanciers n'ont en effet pas de droit propre sur la chose, ils n'ont que le droit de leur débiteur. Ils intentent pour saisir la chose, les actions mêmes de leur débiteur et la rétention leur est opposable parce qu'elle est opposable à ces actions. C'est ainsi dans la faillite, où l'on peut dire que les créanciers se subrogent à l'exercice de l'action de leur débiteur.

Aux acquéreurs à titre particulier d'un droit de propriété ou d'hypothèque, le droit de rétention est également opposable. Ces ayants cause à titre particulier ont pourtant un titre qui leur est propre, ils n'agissent plus par l'action de leur auteur, mais par des actions qu'ils ont de leur chef. Nous dirons dans ces cas que l'ancien propriétaire, n'ayant pas le droit de reprendre la chose sans désintéresser le rétenteur, n'a pas pu passer un pareil droit à son ayant cause. Si donc celui-ci use d'un droit qu'on n'a pas pu lui transmettre et cause ainsi un préjudice à quelqu'un, il y a, à raison de ce préjudice, un droit de rétention qui naît directement contre lui (1).

1. En ce sens, M. Planiol, *op. cit.*, t II, n° 2536. — DeLoynes, *Privilèges et hypothèques*, n° 228 et 245, où il conclut « que le droit de rétention n'est pas un droit réel ». — Saleilles, *Théorie*

Autre objection : « La multiplication des cas d'application du droit de rétention irait à l'encontre de ce principe admis par toutes les nations civilisées : on ne se fait pas justice à soi-même. »

Ma réponse est toute prête. En effet, retenir ce qu'on possède dans le simple but d'échapper à une injustice de la part de celui qui réclame la chose possédée, ce n'est pas se faire justice, c'est se défendre ; et s'il est vrai de dire que nul ne peut se faire justice à soi-même, il n'est pas moins certain que le droit de légitime défense est un droit naturel, le premier de tous peut-être.

Une dernière objection enfin : « Tous les textes où le législateur de 1804 a mentionné le droit de rétention, dit-on, visent des hypothèses où la condition du *debitum cum re junctum* se trouve réalisé. On est donc conduit à déduire de cette observation cette règle générale que le *debitum cum re junctum* est l'une des conditions nécessaires d'existence du droit de rétention. »

« Aussi bien, ajoute-t-on, il en était déjà ainsi à Rome et dans notre ancien droit. »

Tel est l'argument, quelle est sa valeur ?

de l'obligation, p. 19 et 20, note 3. — M. Thaller, *la Faillite en droit comparé*, t. II, p. 29. Tous deux expliquent le droit de rétention sans en faire un droit réel.

Je ferai tout d'abord remarquer, que l'argument que l'on m'oppose n'est pas un « argument de texte ». C'est un argument de « logique » : d'une observation on déduit l'intention probable du législateur et on érige celle-ci en règle de droit impérative.

Le véritable argument de texte consisterait à citer un article déclarant formellement que le créancier ne pourra invoquer le droit de rétention pour la garantie de sa créance que si celle-ci est née à l'occasion de la chose qu'il retient ; il n'y aurait alors aucun doute : le *debitum cum re junctum* serait certainement une des conditions d'existence du droit de rétention. Mais il est impossible de trouver dans le Code civil un texte qui pose cette règle en principe général, et c'est là un fait déjà qui me semble assez significatif. Si encore tous les textes octroyant la rétention, impliquaient cette idée, peut-être pourrait-on prétendre alors que le législateur s'est laissé diriger par ce principe et a eu une vue unique du droit de rétention : il y aurait au moins une présomption en ce sens. Mais cela n'est pas : nous avons deux textes, les articles 2082-2° et 1749, qui donnent tous deux la rétention et dans lesquels il est impossible de trouver ce lien du *debitum cum re junctum*.

Art. 2082-2°. — C'est le droit qu'a le créancier gagiste de retenir la chose constituée en gage pour une première dette comme gage d'une seconde dette

contractée postérieurement à la première et exigible antérieurement.

Voilà bien une créance tout à fait étrangère à la chose retenue puisqu'elle est née après. J'ai déjà, en passant, répondu à l'objection d'après laquelle ce droit de rétention serait bien plus conventionnel et fondé sur l'intention présumée des parties que légal : car si cette intention se comprend bien dans la pensée du créancier puisqu'elle est toute à son avantage, elle est en tout cas très douteuse, et l'on ne peut pas concevoir une convention aussi hypothétique.

Art. 1.749. — Il suppose que le bailleur d'un immeuble a réservé dans le contrat de bail la faculté pour l'acquéreur d'expulser le preneur, fermier ou locataire. Dans ce cas, le preneur ne pourra être expulsé qu'après avoir été remboursé des dommages-intérêts auxquels il a droit. On a bien prétendu qu'ici, la connexité pour être moins étroite que dans d'autres hypothèses, existait cependant, la dette étant née à l'occasion de la chose dont l'acquéreur veut expulser le preneur. C'est exact, la dette est née à l'occasion de la chose, mais de quelle dette s'agit-il ? Il s'agit de la dette du bailleur et non de celle de l'acquéreur.

Mais alors puisque des textes formels accordent le droit de rétention dans des hypothèses où il n'y a

pas du *debitum cum re junctum*, c'est donc que les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu faire de celui-ci une condition nécessaire d'existence du droit de rétention.

En second lieu, les antécédents historiques que l'on invoque contre la généralité du droit de rétention n'ont plus pour moi une grande valeur. On se rappelle peut-être l'opinion que j'ai soutenue dans la partie historique : que si, dans la majorité des cas, à Rome comme dans notre ancien droit, la rétention était donnée pour des créances ayant une certaine connexité avec l'objet retenu, c'était là bien plutôt une situation de fait qu'un principe, car l'exception de dol était générale à Rome et déjà notre ancien droit reposait sur l'équité.

Mais je vais plus loin : la loi dans les articles 1290 et 1291, en réglementant la compensation pour l'admettre de plein droit lorsqu'il s'agit de somme d'argent, fait une application du principe d'équité, chacune des parties pouvant retenir ce qu'elle doit jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû. La justice cesserait-elle d'exister parce que l'une des deux dettes a pour l'objet un corps certain ? Assurément non.

Et je trouve même à propos de la compensation un nouvel argument en faveur de ce système extensif : l'article 1293-1^o-2^o : « La compensation a lieu,

quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans les cas :

» 1^o De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;

» 2^o De la demande en restitution du dépôt et du prêt à usage. »

Il est certain que si l'on veut prendre l'article 1293 à la lettre, ce texte n'a aucun sens ; c'est évident et, bien plus, la compensation est absolument impossible, car il n'y a pas là deux dettes réciproques qui se puissent éteindre jusqu'à due concurrence, il y a purement et simplement un propriétaire qui revendique.

Pour arriver à donner un sens au texte précipité, les interprètes de l'école logique l'ont totalement dénaturé

Sur le premier paragraphe ils ont dit : la compensation ne peut s'opérer qu'entre dettes de quantités également liquides ; donc il s'agit ici d'une somme d'argent soustraite à son propriétaire. Si le voleur est créancier de celui-ci, la compensation pourrait s'opérer sur l'action en revendication. L'article 1293 déroge au droit commun. Mais le texte ne dit pas « somme d'argent », il dit « chose », c'est donc d'un corps certain qu'il s'agit, la compensation dès lors est impossible d'après le droit commun lui-même, il était donc inutile de le répéter.

Pour le second paragraphe on a imaginé une hypothèse plus invraisemblable encore : « Il doit s'agir, dit-on, d'un dépôt irrégulier comme les dépôts de fonds que reçoivent les banquiers. » Mais l'article 1293 dit « dépôt » et non dépôt « irrégulier. »

Quant au commodataire, il est dans tous les cas un débiteur de corps certain, il ne peut donc jamais invoquer la compensation en sa faveur.

Et si l'on est d'accord que l'article 1293 n'a aucun sens, si l'on est forcé à ajouter des mots pour lui trouver une application, pourquoi ne pas lire au lieu de « compensation » « rétention », quand ce changement suffit à lui donner un sens très net : « Le droit de rétention ne sera pas accordé contre le propriétaire qui a été injustement dépouillé de sa chose, ni contre le déposant ou le commodant, mais *a contrario*, il sera accordé dans toute autre hypothèse », ou en généralisant : « Le droit de rétention ne sera pas accordé au créancier dont la possession n'est pas licite et *a contrario*, la seule condition d'existence de ce droit c'est le caractère licite de la possession (1). »

Il me semble que l'on est autorisé à admettre que le législateur a commis une erreur de rédaction dans l'article 1293 ; ne voit-on pas en effet la même confu-

1. Cette nouvelle interprétation de l'article 1293 a été proposée, pour la première fois, par M. Colin à son cours.

sion entre la compensation et le droit de rétention dans l'article 1885 où il est dit : « L'emprunteur ne peut retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. »

J'ai donc démontré, je crois, que la seule condition d'existence du droit de rétention c'est que le créancier soit en possession licite de la chose qu'il prétend retenir, et je conclus que dans l'état actuel du droit et dans le chaos des opinions proposées, cette solution s'impose au juge qui, en s'inspirant des circonstances, ne devra consulter que la loi et sa conscience pour accorder ou refuser la rétention. Je ne prétends pas que le législateur ait entendu consacrer ce système, pas plus d'ailleurs qu'il n'a adopté les autres : mais je pense que c'est celui qui est le plus en harmonie avec l'esprit général de nos lois, qui se rapproche le plus de l'équité absolue vers laquelle doit aspirer constamment la justice humaine, et qu'ainsi il constitue un réel progrès sur tous les autres.

§ 1. — ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE SUR LA QUESTION

Dans une première phase, la jurisprudence a constamment consacré le système restrictif de Laurent, et décidé avec cet auteur que le droit de rétention ne pouvait être invoqué que dans les hypothèses expressément prévues par les textes.

L'arrêt le plus significatif, d'où se dégage cette solution, est un arrêt de la Cour de Chambéry en date de 8 février 1875 (1) ; il pose le principe suivant : l'héritier qui s'est mis en possession d'un lot appartenant à son cohéritier ne peut, à l'encontre de l'action en pétition d'hérédité, se prévaloir d'un droit de rétention jusqu'au remboursement des sommes qu'il prétend avoir acquittées au nom de son cohéritier. « Attendu, dit l'arrêt, que le droit de rétention créé comme un remède prétorien par la législation romaine, appliqué dans une mesure assez large par notre ancienne jurisprudence, a été évidemment restreint par le législateur moderne, qu'il n'est, en effet, consacré par le Code civil que dans certaines hypothèses qui paraissent exceptionnelles. Que ce droit, exorbitant de sa nature, plus énergique que le privilège lui-même, ne peut se justifier que par une disposition formelle de la loi, et qu'il ne saurait être étendu par analogie hors des cas prévus par le législateur... »

Mais dans une seconde phase, qui est celle de son état actuel, la jurisprudence décide qu'il suffit, pour que le droit de rétention puisse être invoqué, qu'il y ait *debitum cum re junctum*.

1. Chambéry, 8 février 1875. S. 1876. 2. 323. — Cf. Bastia 1846 S. 1848. 2. 10 — Rennes, 1858. S. 1859. 2. 170. — Lyon, 1878. S. 1878. 2. 201.

Je citerai notamment les deux décisions suivantes : un jugement du tribunal de Vervins, en date du 14 août 1885 (1), qui pose nettement le principe que le droit de rétention peut être invoqué par tout détenteur créancier à raison de la chose dont la restitution est réclamée : « Attendu que la rétention est fondée sur un principe d'équité que le Code civil consacre en en faisant des applications dans les articles 867, 1612, 1613, 1673 et 1749, que ces textes n'étant que l'application d'un principe général, le bénéfice qu'il consacre doit s'étendre à toutes les hypothèses analogues et peut être invoqué par tout détenteur qui se trouve être créancier à l'occasion de la chose dont la restitution est effectuée. »

Et un arrêt de la Cour de Chambéry, par lequel cette Cour, renonçant à l'opinion qu'elle professait en 1875, se rallie à la nouvelle.

Cet arrêt en date du 10 juin 1896 (2), reconnaît le droit de rétention au mandataire sur les immeubles qui lui ont été confiés jusqu'à complet paiement des sommes qui lui sont dues à raison du mandat.

Dans cette hypothèse il y a bien *debitum cum re*

1. Vervins, 14 août 1885. S. 1885. 2. 220.

2. Chambéry, 10 juin 1896. S. 1897. 2. 182. — Orléans, 23 juin 1898. D. 1899. 2. 63. — Cf. Cassation, 13 mai 1861 et la note très substantielle de M. Labbé sur le droit de rétention. *Palais*, 1861, p. 657. — Grenoble, 1860. S. 1862. 2. 49. — Cassation 1873. S. 1874. 1. 72. — Cassation, 1878. S. 1878. 1. 470.

junctum, mais aucun texte ne prévoit le droit de rétention : « Attendu, dit l'arrêt, qu'à défaut d'un texte de loi spécial et formel, la jurisprudence accorde au mandataire le droit de retenir les immeubles qui lui sont confiés, et que ce droit subsiste jusqu'à complet paiement des sommes qui lui sont dues à raison de mandat. »

Tandis que la jurisprudence française est arrivée aujourd'hui à une solution constante, il y a, au contraire, entre les quelques arrêts de la jurisprudence roumaine une grande divergence.

Ainsi la Cour de cassation et la Cour de Bucarest admettent le droit de rétention, comme règle générale à tous les cas où le détenteur de la chose se trouve être créancier de cette chose, dont la restitution lui est demandée : « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'il n'est pas exact de dire que le droit de rétention ne peut être accordé que dans les cas expressément déterminés par la loi ; que ce droit est, au contraire, laissé à l'appréciation souveraine des juges qui peuvent l'admettre, toutes les fois qu'il y a un *debitum cum re junctum*, à assurer le paiement des impenses que la loi accorde aux créanciers (1). »

1. Cass. roumaine. *Le Droit* (Dreptul) de 1883 n° 63. — Cour de Bucarest. *Le Droit* de 1894, n° 68. — Tribunal de Bucarest, 31 janvier 1896. *Le Droit* de 1896, n° 30 et *le Droit* de 1907, n° 79. — Cassation roumaine, 16 juin 1908, *Revista judiciara* du 4 sept. 1908, n° 20, p. 309 et suiv.

Mais tandis que la Cour de cassation et les arrêts cités de la Cour de Bucarest admettent ce système, la Cour de Jassy, et d'autres arrêts de la Cour de Bucarest se prononcent pour le système restrictif en décidant que « ce droit exceptionnel, destiné à garantir certains créanciers, loin de pouvoir être étendu par analogie ou pour des motifs d'équité, d'un cas à un autre doit au contraire être limité aux cas exceptionnellement prévus par la loi, parce que, seule, elle a le pouvoir d'accorder des garanties et une préférence à certains créanciers sur d'autres » (1).

Relatif à cette même question, on peut observer une contradiction flagrante dans la motivation d'un jugement rendu par le tribunal de Bucarest qui, après avoir reconnu tout d'abord *le caractère exceptionnel* du droit de rétention, ajoute que les instances de fonds sont *pleinement souveraines* d'apprécier les cas où il faut l'accorder ou refuser (tribunal d'Ilfov, *le Droit* de 1896, n° 30).

De cet examen il résulte que la jurisprudence a suivi dans son évolution la doctrine, cette force directrice du droit.

Ainsi, tant que fut en vigueur la théorie restrictive de Laurent, le juge voit dans la rétention un droit

1. Cour de Bucarest, *Le Droit* de 1884, n° 25. — *Le Droit* de 1908, n° 7. — Tribunal Ilfov, *Curierul judiciar* de 1906, n° 29.

exceptionnel qui n'est pas susceptible, en dehors des textes qui le mentionnent, d'être étendu par analogie.

Mais quand les auteurs ont inventé la théorie du *debitum cum re junctum*, le juge change, lui aussi, d'avis ; la rétention n'est plus un droit brutal et exorbitant dont il faut restreindre l'application le plus possible ; elle devient une institution fondée sur l'équité, un principe général de notre législation qui peut être invoqué par tout détenteur qui se trouve être créancier à l'occasion de la chose dont la restitution est effectuée.

Et, si la jurisprudence s'est aperçu que le droit de rétention n'est ni brutal, ni exorbitant, qu'au contraire il répond à une nécessité pratique, pourquoi ne pas aller jusqu'au bout ?

Car de deux choses l'une : si réellement la rétention est une anomalie dans notre droit, on doit appliquer une méthode d'interprétation restrictive ; à l'inverse si on considère cette institution comme un principe d'équité, il faut se rallier au système extensif, mais il ne saurait y avoir aucune place pour un système hybride.

§ 2. — DES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR L'EXERCICE DU DROIT DE RÉTENTION

Deux conditions sont nécessaires pour exercer le droit de rétention : celui qui l'invoque doit, d'abord,

être créancier de la personne de laquelle il tient l'objet qu'il veut retenir ; puis il doit avoir en sa possession cet objet (1).

Première condition. — Pour exercer le droit de rétention, il faut d'abord être créancier ; c'est la condition primordiale de ce droit et sans laquelle il ne saurait trouver place.

Cette créance garantie existera le plus fréquemment contre le propriétaire de la chose retenue, mais cependant il peut arriver que cette chose appartienne à une autre personne que le débiteur. Ainsi en est-il au cas où un tiers affecte au moyen d'un droit de rétention conventionnel, sa propre chose à la sûreté de la dette d'autrui (C. civ., art. 2077), et encore dans l'hypothèse de l'article 2279 en matière de meubles, lorsque le créancier exerce son droit de rétention sur des objets appartenant à autrui et qu'il a reçu de bonne foi de son débiteur. En effet, dans ce cas il pourrait repousser le véritable propriétaire, *a fortiori* peut-il lui opposer son droit de rétention. Enfin, et cela paraît étrange, il peut arriver qu'un propriétaire

1. La théorie généralement admise exige une troisième condition : le *debitum cum re junctum*. Nous avons examiné dans le paragraphe précédent les motifs pour lesquels cette condition nous paraissait devoir être écartée. Nous déciderons donc qu'avec les deux conditions précitées, il suffira d'un texte de loi où le juge accorde le droit de rétention.

ait à exercer le droit de rétention sur sa propre chose. Par exemple, un propriétaire a constitué sur son bien un droit d'usufruit, et l'usufruitier lui a confié les fonds soumis à cet usufruit; si, pendant qu'il est en possession, le propriétaire a fait des réparations qui incombaient à l'usufruitier, il bénéficiera du droit de rétention jusqu'à ce que le montant de ses impenses lui ait été payé.

La créance pour laquelle le créancier veut exercer le droit de rétention doit être exigible : l'exercice de ce droit constitue, en effet, un moyen indirect de contraindre le débiteur au paiement de la créance, et le créancier ne peut exercer cette contrainte, directement ou indirectement avant l'époque de l'exigibilité, car selon l'adage, celui qui doit à terme ne doit rien (art. 1186 C. civ.)

Mais peu importe que la créance soit ou non liquide « rien dans la loi ne peut servir de fondement à une telle exigence, seulement pour concilier tous les intérêts il paraît juste *que les tribunaux* saisis de la difficulté fixent au créancier un délai pour la liquidation de ses droits, c'est dans ce sens qu'avait décidé l'ancienne jurisprudence » (1).

Le droit de rétention peut en principe être exercé

1. Dalloz, *Rép. Rétention*, n° 51. — Guillouard, *op. cit.*, n° 42. — Glasson, *op. cit.*, p. 63.

contre tout débiteur. Une décision du Conseil d'État du 19 juillet 1854 refuse cependant cette sûreté à un créancier de l'État, sous prétexte que la solvabilité de l'État ne peut être mise en doute et que ses créanciers ne peuvent pas employer les modes ordinaires d'exécution, mais doivent se conformer aux règles de la comptabilité publique (1).

Cette décision est certainement critiquable comme contraire aux principes et l'on doit décider que la rétention peut s'exercer même contre l'État. Sans doute, l'État est présumé solvable; mais on comprend très bien que la rétention puisse s'exercer contre un débiteur solvable, ne serait-ce que pour le faire s'acquitter plus rapidement de sa dette.

Il est vrai que le paiement des dettes de l'État ne peut être poursuivi qu'en se conformant aux règles de la comptabilité publique : mais le droit de rétention ne permet pas au créancier rétenteur de poursuivre l'État, et par conséquent ne viole pas les règles de la comptabilité publique.

On admet cependant que le droit de rétention ne pourrait être opposé à l'État, lorsque l'exercice de ce

1. Conseil d'État, 19 juillet 1854. D. 55. 3. 17. — Tribunal des Conflits, 11 janvier 1879. D. 79. 3. 65. — Tribunal des Conflits, 22 décembre 1880. D. 82. 3. 25.

droit aurait pour résultat de paralyser un service public (1).

Suffit-il, pour exercer le droit de rétention, d'une créance simplement naturelle, ou faut-il être créancier en vertu d'une obligation civile ?

On admet dans une première opinion qu'une obligation naturelle suffit et que les décisions du droit romain et de notre ancien droit à ce sujet doivent être maintenues. On invoque à l'appui de cette opinion la base commune de la rétention et de l'obligation naturelle : l'équité ; on ajoute que l'obligation naturelle peut être cautionnée (art. 2012 C. civ.) et même qu'elle peut, on l'admet du moins généralement, être garantie par un gage ou une hypothèque (2).

Malgré ces excellentes et très justes raisons, il ne me semble pas possible de souscrire à cette opinion : sans doute, celle-ci serait préférable parce qu'elle est plus équitable.

Mais il faut se rappeler que le législateur a renfermé dans des très étroites limites les effets des obligations naturelles : il n'a voulu reconnaître et sanctionner l'obligation naturelle que lorsque le débiteur en

1. En ce sens : Guillouard, *op. cit.*, n° 43. — Glasson, *op. cit.*, p. 68 et suiv

2. En ce sens : Guillouard, n° 41. — Glasson, p. 58. — Massol, *De l'obligation naturelle*, n° 247 et 248.

proclame la légitimité en l'exécutant volontairement (art. 1235 C. civ.)

Or, si l'on accordait un droit de rétention au créancier d'une obligation naturelle, ce dernier pourrait ainsi obtenir son paiement en dehors de la libre volonté de son débiteur ; il aurait là un moyen indirect de coercition pour forcer son débiteur à se libérer, résultat évidemment contraire à l'esprit de la loi. Que le débiteur puisse constituer un gage, une hypothèque ou un droit de rétention conventionnel pur et simple, rien de plus naturel, car l'engagement qu'il prend ainsi d'acquitter sa dette est purement volontaire, tandis que la rétention aboutirait, à une exécution forcée, et la loi, je le répète, veut que l'exécution soit libre (1).

Deuxième condition. — La seconde condition exigée pour l'exercice du droit de rétention, c'est que le créancier soit en possession du bien sur lequel il prétend l'exercer.

La rétention est le droit pour le créancier de conserver la possession qu'il a, de « retenir » l'objet qu'il possède ; il faut d'abord qu'il le « tienne », pour pouvoir user de l'exception que le droit de rétention

1. En ce sens : De Folleville, *Considérations générales sur l'acquisition ou la libération par l'effet du temps*, p. 89, 91. — Pont, *op. cit.*, n° 1290. — Nicolas, *op. cit.*, n° 169.

lui confère. Et il ne s'agit pas ici d'une possession *animo domini*; mais de la simple détention : nous en trouvons la preuve dans deux textes, l'article 1749 et l'article 1948, qui accordent expressément le droit de rétention l'un au fermier, l'autre au dépositaire, qui ne sont cependant que des détenteurs.

Cette possession, cette détention est si nécessaire que le droit de rétention serait perdu pour le détenteur qui se dessaisirait de la chose et la Cour de cassation a décidé, dans les cas de rétention conventionnelle, que les parties ne pouvaient déroger à ce principe et convenir que l'une d'elles jouirait de la sûreté sans avoir la possession (1).

On peut poser en principe, que tout ce qui est de nature à être possédé est susceptible de rétention (2). Ce droit s'applique à toute espèce de biens, aux meubles ou immeubles qui sont dans le commerce, car l'injustice est la même pour celui qui doit, à vouloir reprendre l'un quelconque de ces biens sans s'acquitter lui-même.

Il y a cependant une catégorie de biens pour laquelle le droit de rétention ne peut être exercé.

Ainsi la rétention ne s'applique pas aux choses déclarées par la loi « insaisissables ». Le législateur a

1. Cass., 4 août 1852. D. 52. 1. 192.

2. Dalloz, *Rép. Rétention*, n° 54.

pensé avec raison que les choses auxquelles il avait imprimé ce caractère étaient nécessaires à la subsistance de celui qui les réclame et que le droit à l'existence est un droit naturel fort supérieur à celui de rétention.

Par extension de cette idée, on doit décider que les droits *d'usage* et *d'habitation*, ou pour mieux dire, les objets soumis à ces droits, ne sont pas de nature à être retenus. Les rédacteurs du code, en restreignant les avantages résultant de ces droits aux besoins du bénéficiaire et à ceux de sa famille (art. 630 et 633), et en défendant de louer ou de céder ces droits (art. 631 et 634), ont évidemment entendu qu'ils doivent rester intacts entre les mains de l'usager ou de l'habitant : ils ont un caractère alimentaire (1).

En ce qui concerne *les biens inaliénables*, la grande majorité des auteurs et la jurisprudence décident que la rétention ne peut s'appliquer aux immeubles dotaux (2).

MM. Aubry et Rau reconnaissent cependant au mari un droit de rétention, mais seulement pour ses impenses nécessaires, non pour ses impenses utiles (3).

1. En ce sens : Glasson, p. 71, 72. — Dalloz, *Rép. Rét.*, n° 58. — Guillouard, n° 29.

2. Dalloz, *Rép. Rét.*, n° 59. — Glasson, *op. cit.*, p. 71, 73.

3. Aubry et Rau, t. III, § 256 bis. — Dans le même sens : Guillouard, *op. cit.*, n° 78.

Il me semble que le jure, en vertu du principe que j'ai adopté sur l'étendue du droit de rétention pourrait l'accorder au mari ou au tiers en certaines circonstances.

L'inaliénabilité, en effet, n'exclut pas l'idée de rétention. Ce que la loi a voulu, en décrétant l'inaliénabilité des biens dotaux, c'est protéger la femme contre l'aliénation de ses biens afin qu'elle pût vivre sur leurs revenus au cours du mariage, et les retrouver intacts lors de la dissolution. La rétention pourrait donc être autorisée chaque fois qu'en l'exerçant le rétenteur ne portera pas atteinte au but immédiat de l'inaliénabilité ; elle ne devrait pas être accordée lorsqu'elle contreviendrait à ce but. Ainsi, d'après cette distinction, le droit de rétention serait possible pendant le mariage au profit du mari ou d'un tiers, si les revenus du bien retenu ne sont pas nécessaires aux besoins du ménage. Elle deviendrait impossible, lors de la dissolution, la femme devant retrouver intacts ces immeubles.

Le droit de rétention, enfin, peut-il porter sur les créances ? Je ne le crois pas, car une créance n'est pas susceptible d'être possédée matériellement ; or, l'on sait que la possession du bien est l'une des conditions d'existence du droit de rétention.

Mais il faut bien comprendre la portée de cette

idée ; elle n'est vraie que de la créance envisagée en soi, elle ne le serait pas du titre de créance.

Le droit de rétention peut valablement être exercé sur un titre, par exemple par le notaire qui l'a reçu, pour obtenir paiement des frais qui lui sont dus, par le mandataire salarié qui l'a préparé, pour obtenir le paiement de son salaire. Mais ce n'est pas la créance qui est retenue, c'est le titre de la créance, l'*instrumentum*, et rien n'empêche le débiteur de se libérer aux mains de son créancier, car le droit de celui-ci demeure entier dans son patrimoine, il est seulement privé du titre qui en facilite l'exercice.

Remarque. — On s'est quelquefois demandé s'il était nécessaire que le possesseur soit de bonne foi.

Il me paraît qu'une distinction est nécessaire. Dans tous les cas où la loi accorde expressément le droit de rétention, il ne faudra faire aucune différence entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Dans les hypothèses où le juge, d'après le principe admis, peut accorder un droit de rétention en ne se basant que sur l'équité, il devra s'inspirer des circonstances, mais il est certain qu'il l'accordera *a priori*, moins facilement lorsque apparaîtra la mauvaise foi.

On doit refuser le droit de rétention à celui qui est entré en possession de l'objet par suite d'un vol, abus de confiance ou autre fait délictueux : *spoliatus ante omnia restituendis*. On ne trouve pas cette règle

explicitement écrite dans les textes, mais on doit l'admettre par application des principes généraux. Les faits réprimés par la loi pénale ne peuvent être la source d'aucun droit pour celui qui les a commis.

CHAPITRE V

PRINCIPAUX CAS D'APPLICATION DU DROIT DE RÉTENTION EN DEHORS DES TEXTES

La loi n'a accordé expressément le droit de rétention que dans un petit nombre de cas que nous avons parcourus. Mais, par là même que l'on admet un système d'extension, on prévoit bien des cas possibles, où en dehors des textes, la rétention pourra être octroyée.

Il est intéressant d'examiner les hypothèses les plus fréquentes en même temps que les plus remarquables et de voir si dans ces hypothèses le juge aura lieu d'accorder ou de refuser la garantie demandée. Sans doute, et en dernière analyse, il restera seul maître et appréciateur de sa décision, selon notre donnée, mais il n'est pas sans utilité de parcourir ces hypothèses. Nous y trouverons deux avantages : d'une part, dégager les règles qui inspireront les décisions du juge ; d'autre part, justifier pleinement notre théorie.

DROIT DE RÉTENTION DU POSSESSEUR
DE L'IMMEUBLE D'AUTRUI

Nous avons déjà rencontré cette question pour le droit romain et dans notre ancien droit et nous avons vu la solution qu'il convenait d'y donner. Le législateur moderne a gardé un silence complet sur ce sujet.

Un point est hors de doute, c'est qu'ainsi que dans les législations antérieures, le possesseur n'a droit à aucune récompense pour les dépenses voluptuaires qu'il a faites : il n'a donc pas le droit de rétention comme garantie de son remboursement. Il ne jouit que de la faculté d'enlever les embellissements que ses impenses ont pu créer et à condition de le faire sans détériorer l'immeuble. Mais les difficultés commencent lorsqu'il s'agit de dépenses nécessaires pour la conservation de la chose ou simplement de dépenses utiles. Il faut alors envisager séparément la condition du possesseur de bonne foi et celle du possesseur de mauvaise foi.

A. — *Possesseur de bonne foi.* — Le possesseur de bonne foi a droit au remboursement intégral de ses impenses nécessaires. C'était déjà la solution du droit romain et de l'ancien droit. Ce principe nous semble d'ailleurs confirmé par des applications que la loi en

fait dans les articles 862 et 1381. Quant aux impenses utiles, leur sort est réglé par l'article 555 du Code civil : le propriétaire ne peut pas obliger le possesseur de bonne foi à supprimer les ouvrages ou les constructions que celui-ci a faites sur son terrain, mais il a le choix de lui rembourser ou bien la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre ou une somme représentant la plus-value acquise par le fonds.

Mais le possesseur de bonne foi jouit-il du droit de rétention relativement à ces diverses créances ? Les solutions seront différentes selon le système que l'on admet sur l'étendue du droit de rétention. Les auteurs qui ont admis le système restrictif : ceux qui pensent que la rétention n'existe pas en dehors des textes et ceux qui estiment que le droit de rétention ne peut être accordé que lorsqu'il peut prendre sa source dans un contrat ou quasi-contrat, ne peuvent que refuser la rétention même au possesseur de bonne foi (1). Chose bizarre ! car cela a été le cas qui a vu naître le droit de rétention.

Au contraire, les partisans du *debitum cum re junctum* trouvent dans ce cas une application importante de leur théorie : nous sommes, en effet, en face

1. En ce sens : Gabrye, *op. cit.*, n° 119. — Laurent, t. XXIX, n° 298. — Murlon, *Ex. crit.*, t. II, n° 231.

d'un possesseur qui a fait des impenses sur une chose et dont la dette est ainsi connexe à la chose retenue. Et ils accordent d'autant plus volontiers le droit de rétention qu'ils peuvent s'autoriser dans ce cas des exemples du droit romain, de notre ancien droit et de notre ancienne jurisprudence. Les rédacteurs du Code civil, pensent-ils, qui se sont inspirés des lois romaines (1), ont certainement, par leur silence, voulu consacrer cette solution. S'ils avaient voulu innover, nul doute qu'ils ne l'aient dit. Le Code civil reconnaît le droit de rétention dans des situations bien moins dignes d'intérêt : dans quel cas, en effet, ce droit paraîtrait-il plus équitable ? Voici une personne qui, croyant légitimement avoir des droits sur une chose, l'a améliorée, l'a conservée ; le véritable propriétaire qui, lui, est en faute d'avoir ainsi négligé de s'occuper de sa chose, va pouvoir l'évincer, profiter de ses travaux et cela avant de l'avoir indemnisée, si bien que, s'il est insolvable, le possesseur qui ne pouvait aucunement prévoir une telle éventualité, qui n'avait aucun moyen de se prémunir à l'avance contre cette insolvabilité, va se trouver réduit à ne toucher qu'un paiement partiel ou même à n'être pas indemnisé du tout, alors que le propriétaire ou les créanciers

1. Fenet, *Trav. prépar. au C. civ.*, t. II, p. 127. — *Discussion et exposé des motifs concernant le titre de propriété et en particulier l'article 555*, par Portalis.

de ce propriétaire profiteraient de la plus-value qui est son œuvre. C'est vraiment inadmissible.

Cette solution serait d'autant plus étrange que les auteurs du Code civil ont au contraire accordé un privilège pour le remboursement de ses frais de conservation au possesseur d'une chose mobilière (art. 2102-3° du C. civil). S'ils n'ont pas donné la même solution pour les immeubles, c'est qu'ils ont considéré que le possesseur serait suffisamment protégé par le droit de rétention ; lui refuser ce droit serait donc créer une anomalie sans raison.

Tous les auteurs qui ont adopté la théorie du *debitum cum re junctum*, reconnaissent ainsi le droit de rétention en faveur du possesseur de bonne foi pour ces impenses nécessaires et utiles. C'est aussi la solution qui prédomine en jurisprudence (1).

Quant à nous, nous repoussons ces solutions qui ne cadrent pas avec notre théorie.

Nous concluons simplement qu'en cette hypothèse, et en l'absence d'un texte, le droit de rétention ne s'imposera pas au juge ; mais il lui appartiendra de l'accorder, et ici il l'accordera presque toujours si les

1. Cass. req., 25 mai 1852. D. 52. 1. 279. — Rouen, 18 déc. 1856. D. 57. 2. 109. — Grenoble, 10 juill. 1860. D. 62. 2. 41. — Req., 22 déc. 1873. D. 74. 1. 241. — Pau, 30 mars 1887. D. 88. 2. 209. — Douai, 12 janv. 1891. D. 91. 2. 221. — Besançon, 17 mars 1897. D. 98. 2. 211. — *Contra* : Rennes, 3 juill. 1858, Dalloz, *Supplément*, p. 663.

circonstances de la cause et l'équité lui paraissent le commander. Cette solution, d'ailleurs, nous paraît être contenue en germe dans quelques décisions de la jurisprudence qui, bien qu'admettant la théorie du *debitum cum re junctum*, semblent reconnaître aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser le droit de rétention au possesseur même de bonne foi, selon qu'elle lui sera utile ou non. Ainsi un arrêt de la Cour d'Orléans du 23 juin 1898 décide que pour exercer le droit de rétention, il faut que « la créance du rétenteur soit certaine, au moins en principe si elle est contestée ; qu'il y ait une relation directe entre la chose retenue et la cause de la créance ; que la rétention soit nécessaire en totalité ou en partie pour garantir le créance réclamée » (1).

Qui donc décidera cette nécessité, sinon le juge ? Et, en le faisant, il jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Il est intéressant de signaler la solution à laquelle se sont arrêtés MM. Aubry et Rau ; le système qu'ils ont adopté les empêche d'admettre le droit de rétention au profit du possesseur, puisque ce droit ne saurait se rattacher ni à un contrat ni à un quasi-contrat.

Ils concèdent cependant que « si le propriétaire

1. Cour d'Orléans, 23 juin 1898. D. 99. 2. 63.

revendiquant ne présentait pas de garanties suffisantes de solvabilité, le juge pourrait en considération de la bonne foi du possesseur subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement au paiement préalable de cette indemnité » (1).

Et M. Demolombe, bien que partisan de la théorie du *debitum cum re junctum*, permet au juge d'ordonner au possesseur de délaisser l'immeuble même avant d'avoir reçu le paiement de ses indemnités, et d'accorder des délais au propriétaire en tenant compte des circonstances, de la mauvaise ou de la bonne foi du possesseur *et des garanties plus ou moins grandes que celui-ci pourra fournir pour le paiement de l'indemnité* (2).

Ne voit-on pas là que ces savants auteurs font ainsi un grand pas vers notre système, car le tempérament qu'ils admettent prouve qu'ils considèrent le droit de rétention comme régi bien plus par l'équité absolue que par une règle de droit toujours imparfaite.

B. — *Possesseur de mauvaise foi.* — Le possesseur de mauvaise foi a toujours le droit de se faire rembourser intégralement ses impenses nécessaires : il en a toujours été ainsi (3).

1. Aubry et Rau, t. II, § 204, p. 395.

2. Demolombe, IX, n° 632, p. 608.

3. L. V, Cod., *De rei vindicatione*, III, 32.

Le droit romain, comme notre ancien droit primitif, n'accordait pas d'indemnités au possesseur de mauvaise foi pour ses impenses utiles. Plus tard, cependant, on admit quelquefois qu'il avait le droit d'être indemnisé. C'était l'opinion de Pothier qui laissait au juge le soin de décider s'il devait ou non être remboursé par le propriétaire (1).

Le Code civil, dans l'article 555, établit une double règle : le propriétaire peut, s'il le veut, conserver les constructions ou les améliorations provenant des impenses, mais dans ce cas il doit rembourser au possesseur de mauvaise foi toutes ses dépenses, valeur des matériaux et main-d'œuvre. Il peut, s'il préfère, obliger le possesseur à enlever les travaux, constructions ou plantations qu'il a faits.

A première vue, on est frappé de ce fait que ce possesseur de mauvaise foi semble mieux traité que le possesseur de bonne foi, puisqu'il a droit, si le propriétaire choisit la première alternative, au montant intégral de ses dépenses ; tandis que le possesseur de bonne foi ne peut réclamer que la plus-value, souvent inférieure à sa dépense. Mais ce n'est là qu'une apparence, car le propriétaire ayant le droit

1. Pothier, annoté par Bugnet, *Traité du domaine de la propriété*, n° 350, p. 228. — Pellat, *Princip. gén. sur la propriété et l'usufruit*, p. 262 et suiv., où il résume le système défendu par Cujas.

de forcer le possesseur de mauvaise foi à enlever ses améliorations, celui-ci, presque toujours pour éviter cette perte, sera bien heureux de se contenter de l'indemnité qui lui sera offerte.

Le possesseur de mauvaise foi jouit-il du droit de rétention pour garantie de sa créance? Ici encore la division est profonde entre auteurs et existe même, au grand détriment de la doctrine qu'ils soutiennent, entre commentateurs partisans de la théorie du *debitum cum re junctum* ; cela montre l'incertitude d'un principe qui repose sur une base si fragile. Tandis que les uns, conséquents avec eux-mêmes, autorisent le possesseur de mauvaise foi à user de la rétention comme garantie de son remboursement (1), d'autres la lui refusent, et d'autres enfin distinguent entre les impenses nécessaires susceptibles de fonder un droit de rétention et les impenses utiles pour lesquelles le droit de retenir n'est pas accordé (2).

Il va sans dire que dans les deux premiers systèmes relatifs à l'étendue du droit de rétention, le possesseur de mauvaise foi ne jouit d'aucun droit.

La jurisprudence refuse également la rétention au possesseur de mauvaise foi (3).

1. Demante, *Dr. civ.*, t. II, n° 383 *bis*. — Demolombe, IX, n° 682. — Guillouard, n° 75. — Toullier, *Dr. civ. fr.*, II, n° 130. — Glasson, p. 131.

2. Prêt, *Droit de rétention*, n° 279.

3. Cass., 25 mai 1852. D. 52. I. 279. — Grenoble, 10 juillet

La solution à laquelle nous nous rattachons découle naturellement de notre théorie ; le possesseur de mauvaise foi n'a aucun droit de rétention légale, mais il est des circonstances où il sera équitable de le lui accorder, car même vis-à-vis d'un possesseur de mauvaise foi, il ne serait pas juste que le propriétaire puisse s'enrichir à ses dépens.

TIERS DÉTENTEUR D'UN IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ

L'article 2175 du Code civil qui s'occupe de la situation du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, décide que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ont contre lui une action en indemnité pour les détériorations procédant de son fait ou de sa négligence. Mais ce même article porte, qu'à l'inverse, si le tiers détenteur a fait des impenses ou améliorations sur la chose, il a le droit d'en être indemnisé par ses créanciers. Rien de plus raisonnable, car s'il est juste que le tiers détenteur ne puisse nuire au gage hypothécaire des créanciers, il est non moins équitable que ceux-ci ne s'enrichissent pas à ses dépens en profitant, sans en tenir compte, des dépenses qu'il a faites sur l'immeuble.

1860. D. 62.2.40. — Cour de Jassi, 14 décembre 1907. *Le Droit* (Dreptul) de 1908, n° 89. — Cour de Bucarest, *le Droit* de 1891, n° 33 et *Curierul judiciar* de 1905, n°s 33 et 51.

Ces impenses ou améliorations sont les impenses nécessaires ou utiles, car en ce qui concerne les impenses d'entretien, on considère qu'elles trouvent leur compensation dans la perception des fruits que fait le tiers détenteur, et quant aux dépenses voluptuaires, elles étaient inutiles puisqu'elles n'ont procuré aucune plus-value à l'immeuble; le tiers détenteur ne saurait donc s'en prévaloir et on lui reconnaît seulement le droit d'enlever ce qu'il peut détacher sans détériorer l'immeuble.

Le tiers détenteur ayant le droit d'être indemnisé pour ses impenses nécessaires et utiles, quel sera maintenant le montant de cette indemnité?

L'article 2175 ne vise-t-il que les dépenses utiles ou concerne-t-il également les dépenses nécessaires, et décide-t-il alors que contrairement au droit commun d'après lequel ces impenses doivent être remboursées dans leur intégralité, dans l'hypothèse présente, elles ne seront remboursées au tiers détenteur que dans la mesure où elles ont procuré une plus-value à l'immeuble?

La question est controversée; cependant on n'accorde généralement au tiers détenteur, même pour ses impenses nécessaires, que le remboursement de la plus-value. Loyseau soutenait déjà cette opinion, et de plus le texte de l'article 2175 est formel et ne fait aucune distinction entre les impenses

diverses, nécessaires ou utiles, et pour toutes les deux il n'y aura indemnité que s'il y a plus-value. Si l'on objecte que l'équité peut se trouver parfois atteinte, nous répondrons que cette considération ne peut prévaloir contre une disposition formelle de la loi, et que le but de l'article 2175 n'a pas été d'indemniser complètement le détenteur, mais d'empêcher les créanciers de faire un bénéfice avec son argent ; or, ceux-ci, en fin de compte, ne s'enrichissent que de la plus-value (1).

Bien que les opinions soient également divisées, il convient d'adopter le système le plus généralement admis et de décider que c'est à l'époque de l'adjudication qu'il faut se placer pour fixer le montant de cette plus-value, car c'est seulement à l'époque de l'adjudication que l'immeuble étant vendu à un prix plus élevé à cause des améliorations, les créanciers en profitent et s'enrichissent.

La plus-value sera estimée d'après la comparaison entre le prix auquel l'immeuble aurait été vendu dans son état primitif, et la valeur qu'il possède au moment de l'adjudication. Si la plus-value est supérieure à la dépense réelle, les créanciers hypothécaires ne

1. En ce sens, Glasson, p. 137. — Troplong, *Priv. et hyp.*, t. III, n° 338 bis. — Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 1206. — En sens contraire, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, t. III, n° 2205.

seront tenus à payer que le montant de cette dépense (1). Nous devons ajouter qu'aucune différence n'est faite entre le tiers détenteur de bonne ou de mauvaise foi, et que les règles posées par l'article 2175 s'appliquent en conséquence à l'un comme à l'autre.

La créance du tiers détenteur ayant été ainsi nettement déterminée, il nous faut voir, et c'est là la question qui doit nous occuper plus spécialement, quelles sont les garanties qui lui assureront son remboursement, et sa créance est-elle garantie par le droit de rétention ?

Cette question est très discutée, et il ne s'est pas formé à ce sujet moins de quatre systèmes ; c'est dire l'incertitude qui règne sur ce sujet.

Premier système. — Le tiers détenteur n'a pas le droit de rétention, mais sa créance est garantie par un privilège.

On invoque à l'appui de cette théorie la pratique de l'ancien droit et l'avis des anciens auteurs qui donnaient un privilège au tiers dépossédé pour garantie du paiement de ses améliorations. Voici comment s'exprime Pothier : « Dans notre droit nous avons bien admis le privilège du détenteur sur l'héritage pour ses impenses utiles et nécessaires, ce privilège étant

1. En ce sens, Troplong, *Priv. et hyp.*, t. III, n° 838. — Persil, *Régime hypothécaire*, t. II, art. 2175, n° 6.

fondé sur l'équité naturelle, mais nous n'avons pas également admis le droit que la loi XXIX lui donne de retenir l'héritage jusqu'à ce qu'il en soit remboursé (1). »

Le texte de l'article 2175, dit-on, est rédigé de manière à montrer que c'est le système de Pothier qui a été adopté par les rédacteurs du Code : il ne parle pas de rétention, et donne au tiers détenteur un droit de *répétition*, expression qui montre qu'il ne s'agit que d'un droit de préférence sur le prix.

On fait remarquer, en dernier lieu, que l'hypothèque s'étendant de plein droit aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué sans que l'article 2133 du Code civil distingue suivant qu'elles proviennent du fait du débiteur ou d'un tiers détenteur, le droit de rétention apporterait un grave obstacle à l'exercice du droit des créanciers hypothécaires.

Pour concilier les deux intérêts en présence, on refuse donc la rétention au tiers détenteur, mais on lui accorde par extension de l'article 2103-4° du Code civil un privilège sur le prix de l'adjudication, comme à l'architecte.

Pour réfuter cette opinion il suffira de remarquer que la tradition invoquée ne peut prévaloir contre le principe de notre droit exigeant un texte formel pour

1. Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. XX, n° 38.

accorder un privilège (art. 2094). D'autre part l'article 2103-4° est tout à fait spécial: on ne peut d'aucune façon comparer la situation de l'architecte ou de l'entrepreneur qui est tenu d'accomplir certaines formalités pour l'acquisition et la conservation de son privilège avec celle du tiers détenteur qui n'est assujetti à aucune formalité.

Deuxième système. — Le tiers détenteur n'a pas de privilège, mais il jouit d'un droit de rétention jusqu'à l'entier remboursement de ses impenses (1).

C'est la solution unanimement adoptée par ceux qui admettent la théorie du *debitum cum re junctum*; la créance du détenteur est née, en effet, à l'occasion de l'immeuble qu'il détient, et il ne peut être obligé à le restituer tant qu'il n'est pas indemnisé. C'était déjà, dit-on, ce que décidait le droit romain, et si, Loyseau et Pothier refusaient au détenteur le droit de rétention, d'autres auteurs, dont Basnage (*Traité des Hyp.*, ch. XVI), ainsi que certaines ordonnances (Villers-Cotterets: 1539, art. 97. Moulins: 1566, art. 52) le lui accordaient. Rien n'indique que le législateur ait voulu sur ce point répudier la tradition romaine. De plus, ajoute-t-on, les mots « répéter ses impenses » de l'article 2175, ne sont nullement

1. Glasson, p. 141. — Colmet de Santerre, t. IX, n° 157.

exclusifs du droit de rétention : ils indiquent seulement les cas dans lesquels le détenteur sera créancier, mais quant aux moyens par lesquels il fera valoir sa créance, il faut s'en rapporter au droit commun et ici, par application des principes généralement admis, il faudra accorder le droit de rétention.

Nous ne pouvons pas approuver ce système, et d'autant moins nous rallier aux doctrines romaines que notre régime hypothécaire est tout à fait différent du régime hypothécaire romain.

En effet, chez les Romains les hypothèques étaient occultes, il était possible que le tiers détenteur en ignore l'existence, et on ne pouvait lui reprocher d'avoir amélioré un immeuble dont il avait juste motif de se croire propriétaire. Il convenait donc de lui venir en aide et de lui octroyer un droit de rétention. Au contraire, notre système hypothécaire a pour base la publicité. Le tiers détenteur a donc connu les charges qui grevaient l'immeuble qu'il a acquis, il a été tout au moins en mesure de les connaître et devait s'attendre à des poursuites : il a donc été imprudent de faire des impenses sur un immeuble dont la propriété était pour lui si fragile, et d'ailleurs il pouvait purger. Sa situation est bien moins intéressante que celle du détenteur romain et l'équité ne sera pas atteinte si on lui refuse le droit de rétention. Enfin le silence du Code civil sur ce sujet ne nous

paraît pas un argument suffisant pour prétendre que le législateur ait voulu sur ce point consacrer la solution du droit romain et de Basnage.

Troisième système. — Le tiers détenteur n'a ni privilège ni droit de rétention, mais il a le droit de se faire rembourser par voie de distraction sur le prix d'adjudication de la partie de ce prix qui correspond à la plus-value résultant de ses impenses. Pratiquement pour arriver à ce résultat, on insérera dans le cahier des charges une clause obligeant l'adjudicataire à payer en sus de son prix le montant de la plus-value au tiers détenteur.

On reconnaît dans ce système que le tiers détenteur ne peut avoir de privilège, il ne peut avoir non plus de droit de rétention en l'absence d'un texte et de plus parce que l'article 2175, rapproché des précédents historiques et des principes de notre régime hypothécaire, semble avoir voulu l'écarter. Toutefois, la loi a dû vouloir lui accorder quand même une garantie et on arrive à lui en conférer une en raisonnant ainsi : les créanciers hypothécaires ne doivent avoir aucun droit sur la plus-value que l'immeuble a acquise par le fait du tiers détenteur, il faut donc donner à ce dernier la portion du prix correspondant à cette plus-value, sans entraver le droit de poursuite des créanciers hypothécaires qui

ne doit pas plus l'être par le tiers détenteur ayant cause du débiteur que par le débiteur lui-même, on arrive à ce résultat en lui permettant de prendre cette portion du prix par prélèvement ou distraction (1).

Ce système aboutit à accorder sous un autre nom un véritable privilège au tiers détenteur et rien dans les termes de l'article 2175 n'autorise une pareille interprétation. De plus, il introduit dans l'article 2133 une distinction qui ne s'y trouve pas ; cet article décide, en effet, que l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations qui peuvent survenir ultérieurement à l'immeuble, sans distinguer selon qu'elles ont été créées par le débiteur ou par une autre personne.

4^e *Système*. — Le tiers détenteur n'a ni privilège, ni droit de rétention, ni droit de distraction. Il a seulement une créance chirographaire qu'il peut exercer contre les créanciers hypothécaires qui l'évincent (2). « Le tiers détenteur, dit Mourlon, n'a pour la répétition de ses impenses qu'une créance ordinaire : c'est le seul droit que la loi lui reconnaisse.

Mais cette créance, contre qui existe-t-elle ? Les

1. En ce sens : Aubry et Rau, t. III, § 287. — Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 1208. — Guillouard, n° 95. — Bastia, 8 fév. 1846. S. 48. 2. 10. — Bourges, 8 févr. 1851. S. 52. 2. 425. — Cass., 14 novembre 1881. D. 82. 1. 168.

2. Mourlon, *Exam. du comment. de M. Troplong sur les Priv.*, t. II, n° 232. — Laurent, XXIX. n° 299.

impenses que le tiers détenteur a le droit de réclamer qui les lui doit ? Sur ce point, le texte de l'article 2175 est bien clair : il suffit d'y jeter les yeux pour rester convaincu que la loi y règle les rapports du tiers détenteur, non point avec le propriétaire duquel il tient l'immeuble, mais avec les créanciers hypothécaires qui l'évincent.

Deux hypothèses y sont prévues. Dans la première, la loi, supposant que le tiers détenteur a détérioré l'immeuble au préjudice des créanciers hypothécaires, le soumet, à raison du dommage qu'il leur a causé, à une action en indemnité ; cette indemnité, cela n'est douteux pour personne, est due aux créanciers hypothécaires.

Dans la seconde espèce, le rapport est le même, mais en sens inverse. Le tiers détenteur a fait des améliorations sur l'immeuble ; ces améliorations ont profité aux créanciers hypothécaires, dans la limite de la plus value qu'elles ont créée. Or, de même qu'il doit les indemniser quand il leur a, par son fait, causé un préjudice, de même ils doivent lui tenir compte de ses impenses quand elles ont augmenté la valeur de leur gage. Et ce qui prouve bien, d'ailleurs, qu'il s'agit ici d'un rapport entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires, c'est que sa créance est renfermée dans les limites de la plus value que ces améliorations ont produite. Dans ses rapports avec

son vendeur, cette limite n'a plus lieu ; l'acheteur a, en effet, droit à toutes ses impenses, quoique supérieures à la plus value qu'elles ont créée (art. 1634).

Ainsi les dépenses d'améliorations qu'a faites le tiers détenteur sur l'immeuble hypothéqué lui sont directement dues, par les créanciers hypothécaires qui l'évincent. Il est donc leur créancier de la somme que lui assigne l'article 2175, créancier ordinaire, ou simplement chirographaire, puisque aucune garantie spéciale ne lui a été accordée par la loi. Telle est sa position : les créanciers hypothécaires sont ses débiteurs, il est leur créancier. Or, s'il n'a de son chef aucun droit réel sur l'immeuble qu'il a été obligé de délaisser, et par conséquent sur le prix en provenant, il y peut prétendre du chef de ses débiteurs, conformément au principe de l'article 1166. De là pour lui le droit de faire une saisie arrêt entre les mains de l'adjudicataire, jusqu'à concurrence du montant des sommes que lui doivent les créanciers hypothécaires, ses débiteurs ; mais comme le même droit de saisie appartient également aux autres créanciers des créanciers hypothécaires, le prix qu'il a saisi et arrêté devra être partagé au marc le franc entre lui et les autres créanciers saisissants... »

C'est à ce système que nous nous rallions, mais nous devons ajouter qu'il n'est pas complet et voici la correction que nous y apportons : sans doute, et la

plupart du temps, cette action personnelle contre les créanciers hypothécaires sera le seul moyen pour le détenteur de se faire indemniser, mais si ce détenteur ne peut prétendre à un droit de rétention légal, les circonstances pourront être telles, sa bonne foi si évidente, que malgré sa négligence, l'équité commandera au juge de lui accorder un droit de rétention, comme notre théorie le permet.

L'USUFRUITIER A-T-IL UN DROIT DE RÉTENTION
SUR L'IMMEUBLE GREVÉ D'USUFRUIT ?

Cette question suppose d'abord une autre question résolue : l'usufruitier peut-il être créancier du nu propriétaire à raison des impenses qu'il a faites sur les biens soumis à son usufruit ?

Deux points sont hors de doute. D'une part, l'usufruitier n'a droit à aucun remboursement à l'égard de ses impenses voluptuaires, il peut simplement les enlever à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état, (art. 599, C. civ., *in fine*) et les dépenses d'entretien reste à sa charge (art. 605, C. civ.).

D'autre part, quant aux impenses nécessaires, ou ce sont des impenses d'entretien et alors elles incombent à l'usufruitier ou ce sont des impenses relatives aux grosses réparations, *quæ si facta non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*, et alors elles

incombent au nu propriétaire. Il ne s'agit donc ici que des impenses utiles ou d'amélioration. Si elle ne s'appliquent pas à des constructions, si ce sont de simples améliorations, l'usufruitier conformément à à l'article 599, ne peut prétendre à aucune indemnité. Mais si elles se rapportent à des constructions qui ont augmenté la valeur du fonds, que faut-il admettre ? La difficulté provient des termes de l'article 599-2 qui décide que pour les améliorations qu'il a faites, l'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité ; même si la chose a augmenté de valeur. Le mot « améliorations » embrasse-t-il même les constructions ?

Dans un premier système, on admet qu'il ne faut pas entendre l'article 599-2° dans un sens trop absolu et que le mot amélioration ne comprend pas les constructions nouvelles dont l'exécution a pour résultat de créer une chose distincte du fonds sur lequel elles ont été élevées. On prétend que l'usufruitier qui possède le bien en vertu d'un titre régulier ne saurait être traité plus rigoureusement que le possesseur de mauvaise foi qui n'avait aucun titre et qu'il faut lui appliquer les mêmes solutions (1).

Pour plusieurs motifs nous ne pouvons admettre

1. Guillouard, n° 78. — Glasson, p. 142-145. — Laurent, t. VI, n° 487. — Aubry et Rau, t. II, § 204 et § 235. — Demolombe, t. IX, n° 685. — Nicolas, n° 226. — Dalloz, *Rép. Usufruit*, nos 746 et 747.

cette théorie. Le droit romain (loi XV pr. D., l. VII, tit. I) refusait toute indemnité à l'usufruitier pour les constructions qu'il avait élevées, et nos anciens auteurs pensaient que l'usufruitier qui avait élevé des constructions avait entendu faire une libéralité au nu propriétaire (1). N'est-il pas dit dans les travaux préparatoires que l'on s'est décidé, en ce sens, pour qu'il ne put être au pouvoir de l'usufruitier de grever ainsi par avance le propriétaire de répétitions qui pourraient souvent lui être onéreuses (2) ? Et, si l'on nous objecte que l'usufruitier se verra alors dans une moins bonne situation que le possesseur de mauvaise foi, nous ferons observer que la différence est grande entre ces deux possesseurs. L'un, le possesseur de mauvaise foi, pouvait espérer, par prescription ou par tout autre moyen, devenir un jour propriétaire du sol sur lequel il a bâti et par conséquent des constructions qu'il a édifiées ; l'autre, l'usufruitier savait pertinemment qu'il serait obligé de restituer l'immeuble un jour ou l'autre au nu propriétaire. On ne peut donc s'expliquer ses constructions que par l'intention qu'il a eu d'en faire bénéficier le nu propriétaire, et en tout cas si son intention a été différente elle ne

1. Pothier, *du Douaire*, n° 276-279.

2. Locré, *Lég. civ. com. et cr. de la France*, t. VIII, p. 289.

— Discours du tribun Gary, au Corps législatif.

peut ni se comprendre ni surtout être sanctionnée juridiquement (1).

Il va de soi que ceux qui adoptent le système du *debitum re junctum* et qui reconnaissent à l'usufruitier une créance pour ses constructions à l'encontre du nu propriétaire, lui donnent aussi le droit de rétention puisque sa créance est née à l'occasion de la chose soumise à son usufruit.

MM. Laurent et Gabrye, dans le système restrictif, et MM. Aubry et Rau, refusent à l'usufruitier le droit de rétention.

Notre opinion sera très simple : ne reconnaissant aucune créance au profit de l'usufruitier, il ne saurait être pour nous question de droit de rétention destiné à garantir cette créance. La jurisprudence est en faveur de notre système, car elle admet que les constructions ne sont que des améliorations pour lesquelles l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité (2).

LE MARI A-T-IL UN DROIT DE RÉTENTION

POUR SES IMPENSES SUR LES IMMEUBLES DOTAUX ?

Nous avons vu dans notre partie historique ce que

1. Toullier, t. III, n° 427. — Prud'hon, *Usufruit*, nos 1437 et 1441. — Pont, *Priv. et hyp.*, t. I, 635.

2. Bordeaux, 16 avril 1885 et Req., 4 novembre 1885. D. 86. I. 361. — Besançon, 5 avril 1887. D. 88. I. 222. — Dijon, 1^{er} mai 1891. D. 91. 2. 332. — Riom, 6 juillet 1894. *Recueil des Arrêts de la cour de Riom*, 1894, p. 412.

décidait le droit romain sur ce point. La grosse difficulté, sous la législation actuelle, vient du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

L'idée d'inaliénabilité est-elle exclusive de l'idée de rétention, et dans le cas contraire le mari peut-il exercer la rétention lorsqu'il a fait des impenses nécessaires ou utiles sur l'immeuble dotal ? Nous laissons de côté les impenses voluptuaires ou d'entretien pour lesquelles il ne saurait prétendre à aucune récompense.

Trois systèmes sont en présence. Certains auteurs, pensant que l'idée d'inaliénabilité ne reçoit pas d'atteinte du fait de la rétention, reconnaissent au mari un droit de rétention pour toutes impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites sur l'immeuble (1). D'autres d'après une distinction faite déjà dans le dernier état du droit romain (*C. de rei uxoris act.*, V, 13, § 5), accordent le droit de rétention au mari pour ses impenses nécessaires seulement, l'article 1558 permettant l'aliénation des immeubles dotaux pour les impenses nécessaires mais la défendant implicitement pour les impenses utiles (2).

Enfin une troisième opinion ne reconnaît aucun

1. Rodière et Pont, III, nos 1908-1909. — Nicolas, *op. cit.*, n° 240.

2. Guillouard, n° 79. — Aubry et Rau, V, § 540, p. 630.

droit au mari sur les immeubles dotaux (1).

C'est à ce système que nous préférons nous rattacher, parce que si le mari pouvait, lors de la dissolution, retenir un bien dotal de la femme, le but de l'inaliénabilité, à savoir qu'à ce moment la femme puisse toujours retrouver intacte sa dot, ne serait pas atteint. Et le droit que nous reconnaissons au juge d'accorder la rétention lorsque l'équité l'exige vient ici se heurter à un principe devant lequel on est obligé de s'incliner.

D'ailleurs, si nous adoptons ce système c'est pour assurer la fin du principe de l'inaliénabilité, ce n'est pas parce que l'idée d'inaliénabilité est exclusive par elle-même de l'idée de rétention, car nous pensons qu'un tiers pourrait dans un certain cas invoquer cette garantie au cours du mariage : pendant le mariage, en effet, le but de l'inaliénabilité est d'assurer l'existence de la famille : si les revenus des autres biens de la femme suffisent à l'assurer, le juge pourrait alors accorder la rétention à un tiers créancier, le but de l'inaliénabilité étant sauvegardé.

LE COMMODATAIRE A-T-IL UN DROIT DE RÉTENTION ?

Comme nous l'avons fait pour les cas précédents, nous devons déterminer la créance que peut avoir le

1. Dalloz. *Rép. Rétention*, § 5, n° 60.

commodataire à raison de la chose prêtée. L'article 1886 porte : « Si pour user de la chose l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter » Il s'agit ici des dépenses d'entretien qui sont compensées par l'usage que le commodataire fait de la chose. Mais l'article 1890 décide que si l'emprunteur, pour conserver la chose, a fait quelque dépense extraordinaire et tellement urgente que le prêteur n'ait pu être prévenu à temps, dans ce cas, celui-ci en devrait le remboursement, comme aussi de toute dépense faite avec son consentement. Il serait également responsable du préjudice causé au commodataire par les défauts de la chose prêtée lorsqu'il connaissait ses défauts et ne les a pas dévoilés (art. 1891), mais il ne naît aucune créance en faveur du commodataire pour toutes les autres dépenses, voluptuaires ou simplement utiles.

En droit romain, le commodataire, depuis une constitution de Dioclétien, ne jouissait plus du droit de rétention pour ses créances étrangères à la chose prêtée, mais il le conservait pour les créances nées à propos de cette chose. Pothier reconnaissait aussi au commodataire un droit de rétention relativement aux impenses nécessaires pour la conservation de la chose (1). La difficulté dans le droit actuel provient de l'article 1885, qui décide que « l'emprunteur ne

1. C. IV, 23, § 4. — Pothier, *Du Prêt*, n° 43.

peut retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit ».

Sans nous attarder aux discussions qu'a soulevée cette rédaction défectueuse et relative au sens qu'il faut donner à cet article, disons de suite que d'après l'opinion générale, on considère que le législateur a employé le mot compensation dans un sens inexact et que ce mot doit être pris ici comme synonyme de « rétention » (Glasson, p. 153), et ce que la loi interdit alors à l'emprunteur c'est de retenir, à titre de gage naturel, la chose prêtée comme garantie d'une créance quelconque qui existerait à son profit contre le commodant. Cet article ne fait donc que consacrer la théorie romaine de Dioclétien.

Quant aux créances que nous avons déterminées, créances relatives à la chose, les partisans de la théorie du *débitum cum re junctum*, tout comme M. Aubry et Rau, puisqu'en la circonstance il a été formé un contrat, reconnaissent qu'elles sont garanties par un droit de rétention. MM. Gabrye et Mourlon, au contraire, lui refusent toute garantie.

Pour nous, tout en admettant que l'article 1885 refuse le droit de rétention au commodataire pour des créances non connexes à la chose, nous ne trouvons nulle part que la loi lui en attribue un pour les créances connexes. Ce sera donc, là encore, le juge qui en fin de compte décidera, en se basant toujours

sur les circonstances et l'équité, s'il convient de le lui accorder ou de le lui refuser.

LE DROIT DE RÉTENTION DE CEUX QUI ONT
AMÉLIORÉ LA CHOSE MOBILIÈRE D'AUTRUI

A propos des fabricants, entrepreneurs, ouvriers, à qui des objets mobiliers ont été remis pour être façonnés ou réparés, on s'est d'abord posé la question de savoir s'ils ont un privilège pour le paiement de leurs salaires.

Ce privilège paraît avoir existé dans notre ancien droit, si l'on en croit Pothier qui le reconnaissait aux teinturiers sur les marchandises qu'ils ont teintées pour les teintures des deux dernières années (Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. XX, n° 125), et on a bien prétendu qu'il fallait lui en reconnaître un en vertu de l'article 2102-3° du Code civil, qui déclare privilégiés les frais faits pour la conservation de la chose.

Mais nous croyons, avec l'opinion la plus accréditée, que tout privilège doit être refusé au créancier pour amélioration d'une chose mobilière.

L'existence de ce privilège dans notre ancien droit paraît assez douteuse. En effet, Pothier, après avoir indiqué le privilège des teinturiers dans le passage précité, dans un autre passage de ses œuvres, dans

son *Traité de la procédure civile*, n° 487, après avoir rappelé le privilège donné aux teinturiers et indiqué que si ceux-ci perdent la possession, ils passeront après le maître d'hôtel, généralise la question : il se demande si les ouvriers en général ont un privilège sur la chose qu'ils ont travaillée, et voici sa réponse :

« A l'égard des autres ouvriers qui ont travaillé et façonné quelque chose, je pense que leur privilège ne dure que tant que cette chose est en leur possession, *et qu'ils n'ont que la rétention de la chose.* »

Comme on le voit, si Pothier emploie ici le mot « privilège » l'expression est impropre, et il n'attribue en réalité qu'un droit de rétention aux ouvriers qui ont façonné quelque chose.

En tout cas, dans notre droit actuel, cette solution s'impose à raison du caractère essentiellement restrictif des privilèges ; l'article 2102-3° n'accorde formellement de privilège que pour les frais faits pour la « conservation » de la chose, ce qui exclut ceux qui ont été faits pour son amélioration (1).

A défaut d'un privilège, ces créanciers ont-ils un droit de rétention ?

La réponse à cette question sera différente suivant le système que l'on admet sur l'étendue de la réten-

1. M. Planiol, t. II, n° 2521. — Troplong, *Priv. et hyp.*, n° 179 — Guillouard, n° 77. — Glasson, p. 133. — Pont, *Priv. et hyp.*, n° 141.

tion. Ainsi, tandis que les partisans du système restrictif refusent toute rétention aux ouvriers ayant amélioré la chose d'autrui, les partisans du *debitum cum re junctum* la leur accordent. Quant à nous, notre solution sera toujours semblable et à défaut d'un droit de rétention légale, nous déciderons que le juge pourra en concéder un si la justice le lui semble commander.

Une difficulté s'est cependant présentée sur le fait de savoir si l'ouvrier ou le fabricant auquel on a remis des matières premières pour les façonner, a un droit de rétention sur chacune des parties manufacturées comme garantie de son salaire total, de sorte que, certaines des parties façonnées ayant été livrées et n'ayant pas été soldées, ce qui reste ne lui puisse être retiré avant qu'il ait été complètement indemnisé. Nous pensons, dans notre système, que si le juge a accordé un droit de rétention à l'ouvrier, celui-ci pourrait retenir le restant des objets manufacturés pour la garantie de la totalité de son salaire. Cette solution n'est d'ailleurs que le résultat du caractère d'indivisibilité, du droit de rétention. Nous déciderions de même qu'il aurait le droit de retenir des matières premières même non encore travaillées, comme garantie de ce qui lui est dû pour la perfection d'objets qu'il a déjà livrés (Cass. req., 13 mai 1861. D. 61. 1.328. — Douai, 17 octobre 1877. D. 78 5. 412. —

Lyon, 25 mars 1871. *Suppl. Rétent.*, p. 661). Les partisans du *debitum cum re junctum* repoussent cette solution, sous prétexte qu'il n'y a pas de connexité entre la créance de l'ouvrier et les matières qu'il retient, ces matières n'ayant encore été de sa part l'objet d'aucun travail (1).

LE MANDATAIRE A-T-IL UN DROIT DE RÉTENTION
POUR LES CRÉANCES
NÉES A L'OCCASION DE SON MANDAT ?

Il y a certaines hypothèses où le mandataire peut être assimilé à un dépositaire ; par exemple, lorsque le mandant lui confie des biens pour les administrer. Tout le monde, dans ce cas, lui reconnaît un droit de rétention par analogie avec ce qui a lieu pour le dépôt (art. 1948). M. Gabrye lui-même admet un

1. La loi du 31 décembre 1903, modifiée le 7 mars 1905, a organisé en faveur des ouvriers et industriels une procédure très simple, qui leur permet de faire vendre à peu de frais les objets oubliés ou abandonnés chez eux par leurs clients. On a cru, dans les deux Chambres, qu'il s'agissait d'un *gagiste* voulant *réaliser* son gage, alors que l'ouvrier chargé d'un travail de réparation ou de nettoyage n'a qu'un droit de *rétention*, et qu'il n'a le privilège de l'article 2102-3° qu'autant que son travail peut être considéré comme ayant *sauvé* (conservé) la chose détenue ; lequel privilège n'est d'ailleurs pas un gage. Heureusement que l'erreur du législateur n'a pas passé dans la loi, car le texte ne parle ni de gage ni de privilège, et la loi peut s'expliquer comme une simple dérogation aux règles ordinaires des voies d'exécution.

droit de rétention à son profit, parce qu'en la circonstance « le mandat est un dépôt renforcé » (1).

Mais il existe d'autres cas où l'on ne peut considérer le mandataire comme dépositaire, par exemple dans l'hypothèse d'un agent de change ou d'un banquier qui achète des titres pour son client. Les partisans du *debitum cum re junctum* reconnaissent que le mandataire, dans ces cas, a un droit de rétention jusqu'à ce qu'il ait été payé du prix qui lui est dû. MM. Aubry et Rau admettent la même solution, basée sur un contrat intervenu entre le mandant et le mandataire (2).

Nous laissons, quant à nous, entière liberté au juge pour décider d'après l'équité.

Une situation analogue se présente pour les avoués et les huissiers auxquels les auteurs et la jurisprudence accordent un droit de rétention : ceux-là sont bien des mandataires en effet. Mais une difficulté est survenue sur le point de savoir si ces officiers ministériels ne pourraient exercer la rétention, pour le remboursement de leurs honoraires, que sur les pièces de procédure qui sont leur œuvre, ou si leur garantie s'étendait en outre aux titres et aux actes qui leur ont été confiés par les parties.

1. Gabrye, *op. cit.*, n° 120.

2. Aubry et Rau, t. III, p. 190.

On admet généralement que les avoués, les huissiers, et aussi les notaires, les agents de change, ont, comme mandataires, un droit de rétention sur les actes par eux faits, sur les titres qu'ils se sont procurés par leurs avances jusqu'au paiement de leurs frais ou honoraires, mais qu'ils ne peuvent retenir les titres qui leur ont été confiés par leurs clients que jusqu'au paiement de leurs déboursés relatifs à ces titres (1).

Un jugement du tribunal de Montélimar décidait cependant que les avoués pouvaient, jusqu'au paiement de leurs *frais* ou *honoraires*, retenir les titres que leurs clients leur avaient remis *pour introduire l'instance*, au moins si les clients ne justifient pas qu'il aient un besoin immédiat de ces titres, car alors leur réclamation n'a pour but que de priver l'avoué de son gage (Montélimar, 6 mars 1868. S. 68. 2. 120). Mais un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, est venu limiter ce droit, en permettant seulement à l'avoué en vertu de l'article 1948 du Code civil, qui le constitue dépositaire, « de retenir jusqu'à l'entier remboursement de ces *avances* les pièces qui lui ont été remises pour l'accomplissement de son mandat ». (Cass., 10 août 1870. S. 70. 1. 398). Mais ce

1. En ce sens, Glasson, p. 151. — Aubry et Rau, t. III, § 256 bis. — Rouen, 11 fév. 1870. — Dalloz, *Suppl. Huissier*, art. 3, p. 326, note 1.

droit de l'avoué ne va pas sans quelque restriction. Ainsi il a été jugé que le droit de rétention de l'avoué ne lui permet cependant pas de refuser communication à son client des pièces qu'il retient. Il a été jugé également qu'un avoué de première instance non encore payé de ses avances et honoraires, ne peut refuser à son client les pièces qui lui sont nécessaires pour défendre en appel le jugement prononcé à son profit, si celui-ci offre de le faire prendre directement par son avoué d'appel, qui après l'arrêt définitif les rétablira entre les mains de son confrère (1).

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 août 1870 est vivement critiqué par les partisans du *debitum cum re junctum*, qui trouvent qu'il n'y a pas de connexité entre la créance de l'avoué et les titres retenus lorsque ceux-ci n'ont été de sa part l'objet d'aucun déboursé. Mais cette solution est une affirmation de notre théorie qui permet au juge d'accorder un droit de rétention toutes les fois que l'équité le commandera, car nous reconnaissons qu'il n'y a pas de rétention légale en notre manière. Dans toutes ces circonstances, ce sera pour nous une question de fait, et pratiquement le juge accordera presque toujours la rétention réclamée, car il est juste que le mandant

1. Agen, 21 mai 1851. D. 52. 2. 32 et. Rouen, 3 mai 1875. D. *Suppl. Avoué*, n° 20.

indemnise le mandataire des dépenses que celui-ci a faites à l'occasion de son mandat; et il est juste aussi que le mandataire puisse, en retenant les titres à lui confiés, se faire rembourser non seulement de ses avances, comme le voudrait la Cour de cassation, mais même de ses honoraires, à condition que ceux-ci soient taxés, dans les cas où la taxe se trouverait nécessaire (loi de 24 décembre 1897).

Il semble d'ailleurs que ce soit l'opinion qui prédomine: un arrêt de la Cour de Dijon décide en effet « que le notaire peut retenir les objets qui lui ont été confiés pour l'accomplissement de son mandat jusqu'au remboursement *de tout ce qui lui est dû légitimement pour l'accomplissement de son mandat* » (Dijon, 27 janvier 1887. D. 88. 2. 82 — Toulouse, 16 novembre 1887. D. 88. 1. 206).

Ces solutions s'appliqueraient par analogie à l'agent de change, au banquier qui ont acheté des valeurs pour le compte de leurs clients, au commissionnaire pour les marchandises qu'il a achetées (Cass., 6 avril 1875. D. 75 1. 354) au gérant d'affaires (1).

1. M. Gabrye qui admet la rétention au profit du mandataire la refuse cependant au gérant d'affaires (Gabrye, n° 121), parce que celui-ci ne peut comme celui-là « se placer sous l'application d'un texte de loi qui prononce la rétention ».

CHAPITRE VI

VOIES JURIDIQUES D'EXERCICE DU DROIT DE RÉTENTION

La rétention repose sur un fait, la détention de la chose d'autrui, et s'exerce également par un fait, le maintien par le rétenteur de cette situation ; mais ce fait est légitime, il est une voie de droit au même titre que tous les autres droits qui ont pour base la détention d'une chose.

Le rétenteur ne se fait pas justice à lui-même en retenant un objet qui ne lui appartient pas, car d'abord il n'enlève rien à son débiteur, mais se contente de se défendre, et, d'autre part, il ne le garde pas à titre de paiement, mais seulement comme garantie de sa créance.

Comme moyen juridique, la rétention ne constitue qu'une simple défense, une exception. Elle ne s'exerce qu'en défendant, jamais en demandant. Aussi la rétention ne pourrait-elle conférer au rétenteur un droit de suite, car le droit de suite s'exerce par voie

d'action, tandis que la rétention ne s'exerce que par voie d'exception.

Nous avons montré que la rétention ne confère pas un droit réel ou une possession distincte et à ce titre, il ne peut y avoir des actions pour protéger un droit qui n'existe pas.

Le rétenteur n'a à ce titre que le droit de garder la détention de la chose, mais comme avant d'être rétenteur, il est détenteur, il peut trouver dans le fait de sa détention antérieure et dans la cause de la dépossession qu'il a subi, un moyen pour recouvrer la chose et pouvoir ensuite exercer son droit de rétention. Mais les actions qu'il pourrait ainsi avoir ne résultent nullement du droit de rétention, mais du fait antérieur de la détention.

Nous envisagerons successivement la situation du rétenteur suivant qu'il détient la chose, ou qu'il en a perdu la détention.

§ 1. — LE CRÉANCIER DÉTIENT L'OBJET

Il peut subir un trouble de droit ou un trouble de fait, les personnes qui ont des droits sur l'objet peuvent ou bien l'attaquer par un action ou bien essayer par des voies de fait de reprendre l'objet.

A. — *Trouble de droit.* — Le rétenteur est attaqué en justice afin de rendre la chose retenue. Il a néces-

sairement le rôle de défenseur et peut opposer son exception de rétention : il reconnaît l'obligation où il est de livrer la chose, mais il soutient qu'il a le droit de retenir, à titre de garantie, la chose qui est légitimement entre ses mains, jusqu'à ce qu'il ait été désintéressé par le demandeur. C'est une exception *sui generis* obligatoire pour le juge si, en fait, le droit de rétention est prévu par un texte, facultative pour lui dans les autres cas pour lesquels il n'aura à se préoccuper que de l'équité et des circonstances dans lesquelles se présente chaque exception (1).

B. — *Trouble de fait*. — Si le trouble constitue une voie de fait, un acte de violence de la part d'un adversaire, qui veut s'emparer par la force de la chose retenue, le rétenteur peut certainement se défendre et repousser par force l'attaque. Il y a alors de sa part voie de fait, mais il y a aussi légitime défense. On peut, en effet, se considérer en légitime défense, non seulement lorsque nous repoussons une attaque dirigée contre notre personne, mais aussi, lorsque l'attaque

1. Ce n'est pas une exception *péremptoire*, puisqu'elle ne tend pas à écarter définitivement la demande ; ce n'est pas non plus *dilatoire* puisque par ces dernières le défenseur réclame l'obtention d'un délai qu'il ne dépend pas du demandeur de diminuer ; or, en matière de rétention, il ne tient qu'au demandeur de restreindre le délai, ou même de le supprimer, en se libérant de suite.

est dirigée contre nos biens, lorsqu'elle tend à nous priver des droits dont nous jouissons.

Si c'est un trouble sans violence, le rétenteur n'a aucun moyen pour le faire cesser, puisque ni comme détenteur il n'a aucun moyen juridique.

En matière immobilière, quelques auteurs accordent la complainte au créancier rétenteur (1). Mais, c'est à tort, puisque l'article 23 du Code de procédure civile exige pour l'exercice de cette action une possession non précaire ; or, le rétenteur possède toujours pour un autre (2).

D'ailleurs, tant que le trouble ne prend pas le caractère d'une violence, le rétenteur n'a pas grand intérêt à le faire cesser, puisque le principal pour lui est de garder la chose ; il est pleinement garanti tant qu'il la détient.

§ 2. — DÉPOSSESSION DE LA CHOSE PAR LE RÉTENTEUR

Il y a lieu ici de distinguer suivant que la dépossession résulte d'un abandon volontaire du rétenteur ou qu'elle est la conséquence d'un fait indépendant de sa volonté.

A. — *Dépossession volontaire.* — En cas de resti-

1. Gabrye, *op. cit.*, n° 95. — Guillouard, *op. cit.*, n° 102.

2. Dalloz, *Rép. Rétention*, n° 66.

tution volontaire de l'objet retenu, tout effet de la rétention disparaît, puisque par cette restitution le créancier renonce à la sûreté qu'il avait. Il ne peut revenir sur ce qu'il a librement consenti. Il garde certainement sa créance (art. 1286) et pourra actionner son débiteur en remboursement, mais il n'aura plus de droit qu'un créancier chirographaire.

On s'est demandé si, dans le cas où ce serait par ignorance de son droit que le rétenteur s'est dessaisi de l'objet, il ne pourrait plus tard, en découvrant l'erreur, demander la détention qu'il avait abandonnée.

Il ne pourrait certainement pas avoir une action réelle, puisque nous avons prouvé que le rétenteur n'est investi d'aucun droit réel, mais n'aurait-il pas une action personnelle ?

Un auteur, se basant sur la théorie du paiement de l'indû (art. 1235), résout affirmativement cette question et accorde au rétenteur l'exercice de la *condictio indebiti*. Les deux conditions exigées pour l'exercice de cette action : absence de dette et paiement par erreur, se rencontreraient dans cette hypothèse et, d'autre part, ajoute-t-il, l'erreur de droit peut servir de base à la répétition comme l'erreur du fait (1).

Nous ne pouvons souscrire à ces raisons ; il n'y a

1. Nicolas, *De la rétention*, n° 184.

pas là paiement de l'indû ; on pourrait plutôt dire qu'il y a paiement avant terme. Or, dit l'article 1186 du Code civil, « ce qui a été payé d'avance ne peut être répété » ; la *condictio indebiti* ne peut donc pas s'appliquer dans cette hypothèse.

Un autre auteur remarque néanmoins que lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, tout en adoptant la négative sur le terrain spécial de la *condictio indebiti*, on peut accorder au rétenteur dépossédé une *condictio ob rem datam*, dont le champ d'application est plus large. Celui qui paie en ignorance de son droit, paie en vue d'une cause qui n'existe pas, puisque la raison du paiement n'est pas, à proprement parler, l'obligation réciproque, mais la croyance où il est que la prestation réciproque a été fournie ; le défaut d'exécution rendrait donc le paiement sans cause (1).

Malgré ce raisonnement subtil, il ne nous semble pas qu'on puisse dire que le paiement a été fait sans cause, et Pomponius n'admet pas qu'on puisse répéter ce qui a été payé malgré une cause de rétention (2).

Les auteurs voient généralement une seule exception à la règle : que la rétention cesse avec la dépossession volontaire du créancier. Elle résulterait au

1. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 166, 174, 346.

2. Pomponius, *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus* (D., XII, 6, 51).

profit du vendeur de meubles, de la disposition de l'article 2102-4° du Code civil. Cet article décide que, sous certaines conditions, le vendeur peut revendiquer les effets vendus tant qu'ils sont dans la possession de l'acheteur. Or, comme le vendeur n'a plus la propriété (art. 1583) des effets qu'il revendique, on a tâché de concilier l'article 1583 avec l'article 2102-4°, en soutenant que c'est le droit de rétention que le vendeur revendique.

Cette manière de voir est une conception doctrinale, qui explique d'une façon ingénieuse la revendication du vendeur, mais c'est une création faite après coup et non une interprétation exacte du système voté en 1804.

En aucun cas le droit de revendication (qui est une *action*) ne peut dériver de la rétention (qui est une *exception*). Cette idée est contraire à toutes les traditions, elle est arbitraire et divinatoire. La seule explication raisonnable de la revendication du vendeur, est l'idée d'une dérogation implicite à l'article 1583, consistant dans le maintien de la propriété au profit du vendeur de meubles, tant qu'il n'est pas payé (1).

B. — *Dépossession involontaire.* — Supposons maintenant que le créancier rétenteur a été privé de

1. M. Planiol, t. II, n° 1549. — Huc, t. VII, n° 173.

sa rétention par un acte de violence émané soit de la part du propriétaire, soit de la part d'un tiers.

Son droit n'est pas éteint, mais il ne pourra l'exercer que s'il reprend la possession. Comment peut-il la recouvrer ?

Les auteurs qui admettent que le rétenteur a un droit réel accordent à ce titre, en matière mobilière, la revendication, et en matière immobilière non seulement la réintégrande, mais aussi la complainte (1).

Nous n'avons pas admis que le rétenteur aurait un pareil droit, nous écartons donc ces solutions.

Le rétenteur ne peut intenter à ce titre aucune action, il n'a pas de droit de suite. Mais il peut trouver, dans le fait de sa détention antérieure et dans la cause de la dépossession qu'il a subie, un moyen pour recouvrer la chose et pouvoir ensuite opposer la rétention.

La question qui se pose donc, est celle de savoir quels sont les droits d'un détenteur sur les objets qui lui ont été enlevés par violence, puisque c'est à ce titre seulement que le rétenteur pourrait recouvrer les choses.

En matière mobilière, il est certain qu'il n'a pas les actions possessoires ; de l'avis de tous les auteurs,

1. Gabrye, n° 95. — Guillaouard, n° 102.

ces actions ne protègent que la possession et encore celle des immeubles.

Il pourra agir par la voie de la saisie-revendication conformément aux articles 826 et suivants du Code de procédure civile, car il n'a pas besoin pour cela d'avoir un droit réel sur la chose. C'est ce que font remarquer MM. Aubry et Rau : « La saisie-revendication n'est qu'une forme de procédure qui peut être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel, aussi bien que d'un droit réel (1). »

Nous ne pensons pas que le rétenteur puisse invoquer les dispositions de l'article 2279 et poursuivre, en cas de perte ou de vol, un possesseur de bonne foi. Les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire, s'appuient notamment sur ce que l'article 2102-1^o accorde un droit de suite au bailleur pour saisir les objets qui ont été déplacés sans son consentement ; or, disent-ils, les dispositions de cet article ne sont que l'application du principe général écrit dans l'article 2279.

Nous répondons que cela ne prouve rien, car justement le bailleur a un droit réel sur les objets poursuivis, résultant d'un gage tacite.

La revendication de l'article 2279 ne peut pas être

1. Aubry et Rau, t. III, § 256 bis. — De Loynes, *Du nantiss.*, t. I, n^o 251.

étendue au détenteur, car celui-ci n'a aucun droit réel sur la chose (1).

En matière immobilière, on est généralement d'accord pour donner au rétenteur l'action en réintégrande. On n'exige pour l'exercice de cette action aucune des conditions exigées pour les autres actions possessoires. il suffit qu'on soit détenteur. Cette solution se fonde sur une opinion fort accréditée dans la doctrine et consacrée par la jurisprudence, suivant laquelle la loi civile ne doit tolérer aucune voie de fait sans répression immédiate. *Spoliatus ante omnia restituendis*.

La majorité des auteurs sont d'accord pour écarter l'objection que l'on a parfois tiré de l'article 23 du Code de procédure, suivant lequel il faut une possession annale, paisible et à titre non précaire, pour exercer une action possessoire. Il suffit, d'après l'opinion admise, que la personne qui intente l'action ait eu la détention au moment de la perpétration de la voie de fait; l'action lui est accordée bien moins pour la garantie et la conservation de la possession que pour la réparation d'un fait illicite, dont s'est rendu coupable l'auteur de la voie de fait.

Certainement, la réintégrande revêt ainsi un caractère d'action personnelle, et par conséquent elle ne

1. De Loynes, *op. et loc. cit.*

doit être accordée que contre l'auteur du trouble ou ses héritiers, seuls responsables du dommage causé (1).

AVANTAGES QUE PRÉSENTE LA RÉTENTION POUR
LE CRÉANCIER QUI PEUT EN USER

Sans doute, l'importance de la rétention est loin d'être aussi considérable dans notre droit moderne qu'elle l'était à Rome. On se rappelle qu'en droit romain l'exception de dol, au moyen de laquelle on opposait le droit de rétention, était, dans la plupart des cas, le seul moyen à la disposition du créancier pour obtenir satisfaction et que si pour quelque cause que ce soit, celui-ci laissait échapper ce moyen, toute possibilité de recours était perdue pour lui. Tout droit actuellement étant au contraire sanctionné par une action, le droit de rétention n'apparaît plus dès lors que comme une sûreté accessoire et tendant au même but que l'action elle-même. Mais, tel qu'il est, mal défini et mal délimité par le Code, ce droit constitue cependant un avantage considérable pour celui qui peut s'en prévaloir.

Il est certain que le droit de rétention est inférieur aux autres sûretés réelles, ne donnant pas de droit de préférence il ne permet pas de prendre l'initiative

1. Huc, t. VII, n° 174. — Aubry et Rau, t. II, p. 168, t. III, p. 296. — De Loynes, *op. et loc. cit.*

des poursuites. D'autre part, il n'est muni d'aucun droit de suite, et si le rétenteur laisse faire la vente à la requête d'autrui sans faire ses réserves, il perdra encore sa garantie par renonciation tacite. Mais, la rétention, quoique démunie de droit de préférence et de droit de suite, est, pour le créancier, un moyen indirect d'arriver à obtenir son paiement en évitant le concours des autres créanciers.

Que le rétenteur sache donc attendre et patienter : tôt ou tard le débiteur voudra rentrer en possession de son bien dont la perte momentanée peut lui être très préjudiciable et il devra alors remplir ses obligations. Et si cette attente se prolongeait indéfiniment et que le débiteur s'obstinât à ne pas vouloir s'acquitter, il resterait encore au rétenteur la possibilité, quitte à venir en concours avec les autres créanciers, de choisir le moment le plus propice pour faire saisir et vendre le bien qu'il retient.

Observons que jointe à un privilège, la rétention sera d'une grande utilité pour le créancier privilégié : elle lui assurera d'être entièrement remboursé, même au cas où les autres créanciers voudraient faire saisir et vendre à un moment peu favorable, elle lui assurerait son complet désintéressement quand bien même la chose serait frappée d'un privilège d'un rang préférable au sien.

On confère au rétenteur le droit de percevoir les

fruits produits par la chose sujette à la rétention : autrement, en effet, de deux choses l'une, ou bien ils seraient perçus par le débiteur qui n'aurait dès lors qu'un médiocre intérêt à se libérer pour recouvrer la propriété de sa chose, ou bien on ne les attribuerait ni aux créanciers ni au débiteur, et ils dépériraient : ces deux conséquences ne sauraient être acceptées.

Toutefois, si le rétenteur a le droit de percevoir les fruits, il lui est interdit de les faire siens, car il s'enrichirait aux dépens de son débiteur, et la loi n'a entendu donner au rétenteur qu'une garantie et non pas une source de bénéfices. Les parties peuvent, il est vrai, stipuler que le créancier acquerra les fruits de la chose détenue et les imputera sur le montant de sa créance, sans qu'il y ait lieu de s'inquiéter s'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble. Mais si aucune stipulation n'est intervenue entre le débiteur et son créancier, ce dernier n'aura pas le droit de faire l'imputation malgré la volonté de son débiteur. Le contraire a cependant été soutenu ; une opinion enseigne en effet que le créancier peut imputer les fruits nonobstant l'opposition du débiteur ; elle invoque l'article 2081 du Code civil qui admet l'imputation en matière de gage. A cela nous répondons que l'article 2081 prévoit une hypothèse spéciale et ne peut, par conséquent, être étendu à d'autres cas par

analogie. Il y est question de créances portant intérêt ; or, les intérêts d'une créance sont toujours déterminés et ne sauraient donner lieu à difficultés pour leur évaluation ; jamais ils ne seront imputés pour un chiffre inférieur à leur valeur réelle. Mais il n'en est pas de même lorsqu'il s'agira de tout autre chose que des intérêts d'une créance. Dans ce cas, les fruits ne sont pas liquidés, et s'il était permis au créancier d'en disposer, il pourrait arriver que les fruits fussent imputés soit sur les intérêts, soit sur le capital pour une somme inférieure à leur valeur véritable, de telle sorte que le créancier s'enrichirait au détriment de son débiteur.

Reste à savoir ce que deviendront les fruits entre les mains du créancier. S'ils sont susceptibles de conservation, le rétenteur les gardera de la même manière que la chose elle-même ; car avant d'être séparés ils faisaient partie du gage, et le rétenteur exercera sur eux le même droit qu'il avait sur la chose frugifère, comme il sera soumis aux mêmes obligations. Au contraire, les produits sont-ils sujets à détérioration ? Je suppose que le rétenteur tenu d'administrer en bon père de famille aura le droit de les vendre aux prix courants (ou fixés par les mercuriales s'il s'agit de denrées) et d'imputer sur le montant de la dette cette somme ainsi recueillie ; le débiteur pourra sans doute s'immiscer à la vente et

en débattre le prix : de cette manière, les intérêts des parties seront sauvegardés.

Si, en thèse générale, il n'est pas permis au créancier d'imputer les fruits sur les intérêts ou le capital de sa créance sans le consentement de son débiteur, inversement, le créancier a le droit de ne pas vouloir recevoir les fruits en déduction de sa créance, puisque l'article 1244 du Code civil déclare d'une façon formelle que le débiteur ne peut point forcer le créancier à accepter en partie le paiement d'une dette.

Si la rétention est avantageuse pour le rétenteur, elle n'est pas sans entraîner des inconvénients pour d'autres personnes :

Pour le propriétaire qui se trouve ainsi privé de la possession de la chose et dont le crédit est altéré souvent pour une dette bien inférieure à la valeur de cette chose ;

Pour les autres créanciers du propriétaire dont le droit de saisie, quoique respecté, n'en est pas moins gêné, puisqu'il faudra indemniser totalement le rétenteur avant de pouvoir déposséder : cependant ces inconvénients sont de peu d'importance, et ne suffisent point à affaiblir la légitimité du droit de rétention.

DE L'EXTINCTION DU DROIT DE RÉTENTION

Comme tout droit accessoire, le droit de rétention peut s'éteindre par voie principale ou par voie de conséquence.

A.— MODES D'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE

Le droit de rétention peut s'éteindre par voie principale, la créance continuant à subsister de plusieurs manières :

1^o *Par la perte de la chose retenue.* — Le créancier rétenteur sera responsable de cette perte si elle est due à sa faute ou à sa négligence, et par application du droit commun il devra des dommages-intérêts. Si la perte provient d'un cas fortuit ou de force majeure c'est le débiteur qui la supporte.

2^o *Par la renonciation au droit de rétention.* — Cette renonciation peut être expresse ou tacite. Dans les deux cas, il est superflu de le dire, le créancier garderait intact l'exercice de son action en remboursement (art. 1286). La renonciation tacite résulte de l'abandon volontaire par le créancier de la chose qu'il détient ou du fait qu'il procède à la saisie et à la vente de la chose.

3^o *Par l'abus que fait le rétenteur de la chose.* —

Cet abus peut résulter de l'usage, alors que par rapport à cette chose le rétenteur n'est qu'un dépositaire (art. 2079), ou bien du manque de soins apportés par lui à la conservation de la chose, alors qu'il doit y apporter, comme tout détenteur d'un bien d'autrui, les soins d'un bon père de famille. Dans ces deux cas ce sont les tribunaux qui, à la demande du débiteur, déclarent le créancier déchu de son droit.

4° *Par le retard apporté par le créancier à la liquidation de sa créance.* — Au cas où le juge aurait fixé au rétenteur un délai pour faire liquider sa créance et que celui-ci n'aurait pas fait opérer cette liquidation dans le délai fixé, sans avoir pour ce retard de motifs plausibles, il doit le déclarer déchu de son droit.

Nous avons vu que ce droit était expressément accordé au juge dans notre ancien droit, en dernier lieu par l'ordonnance de 1667, titre XXVII. Bien que notre Code ait gardé le silence sur ce point, il semble bien que cette décision, toute d'équité, devrait être maintenue dans toute hypothèse analogue.

B. — MODES D'EXTINCTION PAR VOIE DE CONSÉQUENCE

Étant donné qu'il est l'accessoire d'une créance, le droit de rétention s'éteindra toutes les fois que la créance viendra à disparaître. Ainsi, le paiement de la dette, la compensation, la remise de la dette, la

confusion, etc.... qui ont pour effet d'éteindre la créance, éteindront aussi le droit du rétenteur.

Parmi les causes d'extinction des créances figure la prescription. Une question importante se pose alors : est-elle applicable en la matière qui nous occupe ; en d'autres termes, si le créancier rétenteur est resté trente ans sans demander le paiement de sa créance, mais en étant toujours nanti de la chose, le débiteur pourra-t-il invoquer la prescription libératoire et exiger en même temps la restitution de la chose ? Autrement dit, l'exercice du droit de rétention met-il obstacle à la prescription de la créance ?

Une opinion soutenue par M. Gabrye décide qu'une créance peut se prescrire malgré l'existence d'un droit de rétention (1).

C'était, suivant cet auteur, le système suivi déjà par plusieurs de nos anciens jurisconsultes (Despeisses, *De la prescription*, t. IV, n° 23. — Duparc-Poullain, *Princ. du dr. fr.*, t. VI, p. 233). De plus, sous l'empire de la législation actuelle, il est de principe que toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans (art. 2262).

Sans doute, quelques exceptions sont apportées à ce principe et il existe certaines personnes contre lesquelles la prescription ne court pas, soit à cause

1. Gabrye, *op. cit.*, n° 98.

de la nature de la créance (art. 2257), soit à cause de leur état d'incapacité (art. 2251 et s.), soit enfin parce que la loi elle-même a établi en leur faveur des motifs d'interruption ou de suspension (art. 2244 et s.).

Mais l'énumération que fait la loi des diverses exceptions est limitative (art. 2251), ni la rétention ni le rétenteur n'y sont compris. C'est donc que la prescription court contre le rétenteur qui reste soumis à la règle générale de la prescription de trente ans. La nature de la créance ne peut non plus être un obstacle au cours de la prescription, car cette créance ne rentre pas parmi celles que mentionnent l'article 2257, et, de plus, il est toujours loisible au rétenteur d'intenter une action contre le débiteur afin d'interrompre la prescription, ces poursuites à l'effet d'obtenir paiement ne lui faisant pas perdre son droit de rétention ainsi que le feraient celles en vue de vendre la chose. De plus, on ne peut pas prétendre que le rétenteur puisse invoquer à son profit une cause d'interruption fondée sur une reconnaissance tacite de la part du débiteur resté pendant trente ans sans réclamer la chose, car cette reconnaissance tacite doit ne laisser subsister aucune équivoque, aucun doute sur l'intention du débiteur, et cette certitude ne peut provenir que d'une action, d'un fait *in committendo* de la part du débiteur : or, la simple abstention du débiteur peut

provenir d'une toute autre cause que d'une reconnaissance de la dette.

Enfin, admettre que la dette n'a pas été payée par ce seul fait que le créancier est resté en possession d'un objet qui ne lui appartenait pas et qui était destiné à le garantir, c'est ajouter une présomption à la présomption ordinaire qui décide qu'au bout de trente ans le débiteur est censé s'être libéré, et c'est aboutir quelquefois à de révoltantes iniquités, car il se peut que pour une cause quelconque, le propriétaire ait laissé sa chose entre les mains du créancier même après l'avoir désintéressé.

Nous nous rallions sur cette question à l'opinion contraire, soutenue par la grande majorité des auteurs et par la jurisprudence, et nous décidons que la prescription ne peut s'accomplir au profit du débiteur tant que le rétenteur conserve la chose qui lui sert de garantie. C'était déjà l'opinion admise en droit romain, on la trouve dans une constitution de Justin (1). Et dans notre ancien droit, la solution romaine était la plus généralement suivie malgré l'avis de Despeisses (2). Enfin, dans notre Code civil, l'article 2248 entraîne le même résultat : aux termes de cet article, la reconnaissance de la dette est une

1. L. VII, § 5 C. *De prescriptione...*, VII, 39.

2. Voir Cl. Serres, *Inst. du droit Français*, l. III, tit. XV, § 4.

cause d'interruption de la prescription ; or, il n'y a pas de meilleure reconnaissance de la dette que de laisser, pendant un si long laps de temps, le créancier en possession de la chose qui la garantit, sans doute, c'est là une reconnaissance tacite ; mais une telle reconnaissance suffit d'après M. Gabrye lui-même. Il est difficile, en effet, de soutenir que le débiteur a agi par négligence, car outre que la négligence ne se présume et ne se conçoit guère en cette matière, il est plus raisonnable, en l'absence d'un texte de loi, d'interpréter d'une façon normale l'inaction du débiteur dans le sens d'une reconnaissance de sa dette que dans le sens d'une négligence de sa part.

On nous objecte que le rétenteur aurait dû agir, intenter une action contre le débiteur. Mais pourquoi l'aurait-il fait ? Il possède paisiblement la chose qui lui sert de garantie ; il compte sur cette sûreté. Il serait injuste de tromper sa confiance et de le déclarer déchu de son droit sous prétexte qu'il est prescrit, alors que sa créance continue au contraire à vivre, peut-on dire, et qu'il a entre ses mains comme un écrit chaque jour renouvelé et destiné à l'attester.

On dit encore que la solution que nous adoptons peut conduire à des flagrantes injustices et que le débiteur pourra se voir obliger d'acquitter une seconde fois une dette déjà payée. Mais outre que

cette conséquence sera un fait très rare parce que le débiteur en général se fait délivrer une quittance de son paiement, le système opposé, serait bien plus injuste, qui tendrait un véritable piège au créancier rassuré par la garantie qu'il possède et obligé tout à coup d'y renoncer sans avoir été indemnisé (1).

1. En ce sens, Guillaouard, n° 122. — Glasson, p. 164. — Troplong, *Nantiss.*, n°s 474 et 551.

Vu : le Président de thèse.

WAHL

Vu : le Doyen,

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5

PREMIÈRE PARTIE

L'historique de la question

CHAPITRE PREMIER. — Droit romain.....	11
Origine de la rétention à Rome. — L'exception de dol.....	13
Conditions d'existence du droit de rétention. — Son étendue.....	16
Principaux cas d'application.....	29
Effets et modes d'extinction.....	36
CHAPITRE II. — Ancien droit français. — Conditions d'existence.....	38
Principaux cas d'application.....	51
Effets et modes d'extinction.....	59
CHAPITRE III. — Législation intermédiaire.....	62

DEUXIÈME PARTIE

Droit actuel

CHAPITRE PREMIER. — Cas de rétention prévus par le Code civil.....	68
---	----

Cas de rétention prévus par le Code de commerce	91
CHAPITRE II. — L'état actuel de la doctrine sur la question de savoir dans quels cas existe le droit de rétention	99
CHAPITRE III. — Examen critique de la doctrine envisagée en elle-même	107
CHAPITRE IV. — Fondement juridique et conditions d'existence du droit de rétention	116
§ 1. — État de la jurisprudence sur la question.	135
§ 2. — Des conditions nécessaires pour l'exercice du droit de rétention	140
CHAPITRE V. — Principaux cas d'application du droit de rétention en dehors des textes	151
CHAPITRE VI. — Voies juridiques d'exercice du droit de rétention	187
Avantages que présente la rétention pour le créancier qui peut en user	197
De l'extinction du droit de rétention	202

Imp. de la librairie V. Giard et Brière, 8, rue Soufflot, Paris — 2023-13
